System

des

österreichischen allgemeinen Privatrechts

(Grundriß und Ausführungen)

von

Dr. Josef Krainz,
ordentlichem Professor der Rechte in Prag.

Aus dessen Nachlaß herausgegeben und redigirt

von

Prof. **Dr. L. Pfaff.**

Zweiter Band: Der specielle Theil.

Zweite Hälfte: **Ausführungen.**

Wien 1889.

Manz'sche k. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.

I. Kohlmarkt 7.

II.

Ausführungen.

Inhaltsverzeichniß.

Ausführungen.

Ausführungen.

§. 195. Das zeitliche Eigenthum (widerrufliches, successives[1]) Eigenthum).

Das Wesen des zeitlichen Eigenthums[2]) läßt sich in wenig Sätzen charakterisiren. Das Eigenthumsrecht an einem bestimmten Object erscheint in Zeitstücke getheilt; von diesen steht jedes einer anderen Person zu, welche der vorigen nach Ablauf des Zeitstückes in dem Genusse der Sache folgt, um, wenn das ihr zustehende Recht ebenfalls nur ein Zeitstück des Eigenthumsrechtes ist, nach Ablauf des betreffenden Zeittheiles auf gleiche Art einer anderen Person Platz zu machen. Jedes einzelne Zeitstück des Eigenthums wird also durch bloßen Zeitablauf consumirt, und mit seinem Erlöschen tritt gleichzeitig das der Zeitfolge nach nächste ipso jure ins Leben.[3]) Das Eigenthum des späteren Zeitstückes ist nicht identisch mit dem des vorigen, und daher der spätere Eigenthümer nicht Rechtsnachfolger seines unmittelbaren Vorgängers. Jeder der mehreren Eigenthümer ist, abgesehen davon, daß er über die Sache nicht über die bestimmte Zeit verfügen kann, in seinem Eigenthume noch insoferne beschränkt, als er dafür sorgen muß, daß die Eigenthumssache unverschlimmert an den folgenden Eigenthümer gelange. Die causa efficiens der Beschränkung des Eigenthums bildet auch hier ein dingliches Recht, aber nicht ein jus in re aliena, wie bei den inhaltlichen Beschränkungen des Eigenthums, sondern das künftige Eigenthumsrecht des oder der Zeitfolger — ihr Wart- oder Anwartschaftsrecht.[4])

Ein solches zeitliches Eigenthum kann durch gesetzliche Verfügung hervorgebracht werden; von dieser Art war das lehenrechtliche Nutzungs-

---

1) Ihering Dogm. Jahrb. X. S. 505 fg.

2) Ihering S. 523 bezeichnet als das Charakteristische des successiven Eigenthumsrechtes eine der Sache gegebene specielle Successionsordnung. Jeder, der durch die letztere berufen ist, erhält dasjenige, was ihm in derselben zugedacht ist, d. h. nicht ein volles, sondern ein beschränktes oder gebundenes Eigenthum, gebunden und beschränkt durch die Thatsache, daß Andere hinter ihm berufen sind. Berechtigt über den auf ihn fallenden Zeittheil zu verfügen und während dieser Zeit unzweifelhaft als Eigenthümer anzusehen, findet er an dem erst mit dem Successionsfall eintretenden, vorläufig also nur künftigen Recht seines Nachfolgers ganz die nämliche Grenze seiner Macht, wie ihm sie ein gegenwärtiges jus in re zu setzen vermöchte.

3) Es beruht eben auch das Eigenthum auf dem Willen des Constituenten, und kann daher nicht weiter reichen, als der im Uebertragungsgeschäft rechtswirksam zu Tage tretende Wille. Vangerow §. 96 S. 169.

4) So wird es genannt im sächs. G.-B. §§. 277, 2005 und Entsch. G.-H. 1869 Nr. 65 [Schimkowsky I. Nr. 162].

recht des Vasallen[5]); nach dem dermaligen Stande der österreichischen Gesetzgebung entsteht es jedoch nur durch Privatdisposition, indem dem Erwerbsgeschäfte, wodurch das Eigenthumsrecht an einer bestimmten Sache einem oder mehreren der Reihe nach folgenden Successoren zugewendet wird, ein (gewisser oder ungewisser) Endtermin beigefügt wird, mit dessen Eintritt sonach das zugewendete Eigenthumsrecht (nach den für den Endtermin überhaupt bestehenden Grundsätzen) von selbst erlöschen muß. Dabei überträgt der Constituent des zeitlichen Eigenthums entweder das Eigenthum nur bis zum bestimmten Termin, während er das weiter dauernde zurückbehält (eigentliches widerrufliches Eigenthum), — oder er überträgt auch das nach dem Eintritt des Endtermins fortlaufende Eigenthum an einen anderen oder mehrere auf einander folgende Successoren derart, daß das Eigenthumsrecht bei jedem derselben nur bis zu dem Eintritt des beigesetzten Endtermins zu verbleiben hat; so wird bewirkt, daß mit dem Erlöschen des früheren Zeitstücks durch den Eintritt des Endtermins sofort auch das nächstfolgende Zeitstück auflebt. Fälle der ersteren Art sind: die Tradition einer Sache mit Vorbehalt eines besseren Käufers (§§. 1084, 1085), die Modalschenkung[6]) (§§. 901 i. f., 709), der Vorbehalt des Rückfalls einer geschenkten Sache auf den Fall hin, daß der Beschenkte vor dem Geschenkgeber sterben sollte (vgl. §. 904); Fälle der zweiten Art: das Familienfideicommiß, die fideicommissarische Substitution, die bedingte Erbeinsetzung, das bedingte Legat (§§. 707, 708). Auch der Fall kommt vor, daß der Constituent nur das nach einem bestimmten Zeitpunkt eintretende, also nur das künftige Eigenthum überträgt, das bis dahin dauernde aber sich vorbehält und so sich selbst in einen zeitlichen Eigenthümer verwandelt, während sein Eigenthum bis dahin ein zeitlich unbeschränktes war; dies trifft zu beim ehegattlichen Miteigenthum an einem unbeweglichen Gute nach §. 1236, beim sog. pactum reservati dominii, das einem Kaufe beigefügt wird; auch kann der Fall des Advitalitätsrechtes (§. 1256) hier genannt werden, bei welchem es sich jedoch nicht um künftiges Eigenthum, sondern um künftiges Fruchtgenußrecht handelt.

Nicht in allen Fällen aber liegt zeitliches Eigenthum vor, wo Jemand verpflichtet ist, dafür zu sorgen, daß eine in seinem Eigenthum stehende Sache nach einer bestimmten Zeit an einen Anderen gelange; in den meisten Fällen dieser Art besteht vielmehr nur eine obligatorische Verbindlichkeit, das nämliche Eigenthum an den Nachfolger gelangen zu lassen, wie es beim Vorgänger war.[7]) In solchen Fällen ist weder von einem Erlöschen des Eigenthums durch Zeitablauf, noch von einer Eigen=

---

5) Dahin gehörte wohl auch das Erb= und Stammgutssystem des deutschen Rechtes (Walter Syst. §. 466; vgl. Gerber §§. 81, 82, welcher aber diese Verhältnisse als bloße Veräußerungsbeschränkungen auffaßt) und das Aviticitätssystem des ungarischen Rechtes. Ihering S. 508 nennt in diesem Zusammenhang auch das Grundeigenthumsverhältniß in England.

6) Vgl. Unger II. S. 227.

7) Arndts §. 128, Keller §. 130, Vangerow §. 96 S. 170.

thumsbeschränkung die Rede. So z. B. beim Verkauf mit aufgeschobener Tradition[8]), beim Vorbehalt des Wiederkaufs (§. 1068), des Vorkaufs (§. 1072) und des Näherrechts (§. 1079). Ob zeitliches Eigenthum oder eine bloße Veräußerungspflicht der eben geschilderten Art im einzelnen Falle vorliege, ist eine Interpretationsfrage; im Zweifel ist sie eher im letzteren Sinne zu lösen.[9])

Die Eigenthümlichkeiten des zeitlichen Eigenthums, die sich aus dem Gesagten von selbst ergeben, sind folgende:

1) Mit dem Eintritte des Endtermins erlischt das zeitliche Eigenthum ipso jure (§§. 1449, 1236, 1084; vgl. auch §. 613 verb. „bis der Fall . . . eintritt") und gleichzeitig lebt das nächste Zeitstück in der Person des nun berufenen Zeitfolgers auf.[10]) Man hat dies bestritten[11]), weil Eigenthum von einer Person an die andere ohne Tradition (bei Grundstücken ohne bücherliche Umschreibung) nicht übergehen kann (§§. 425, 431). Allein einerseits wird bei dieser Einwendung übersehen, daß in unserem Falle Eigenthum gar nicht übergeht, sondern das bisherige Zeitstück untergeht und ein anderes auflebt, daß also, wenn auch das Eigenthumsobject unverändert bleibt, das Recht des neuen Eigenthümers an demselben ein ganz anderes ist, als das des früheren[12]); andererseits aber ist nicht beachtet, daß der Regel der §§. 425, 431 allerdings auch in unserem Falle Genüge geschieht, soweit in demselben eine Eigenthumsübertragung in Frage kommt: wenn nämlich nicht bloßer Rückfall an den ursprünglichen Eigenthümer in Frage steht[13]), so muß allerdings, damit der spätere Zeitfolger Eigenthümer werde, jedenfalls ein Eigenthumsübertragungsact (Tradition, Umschreibung) stattgefunden haben; nur ist dieser Act schon früher vor sich gegangen[14]) und äußert nun erst, da der bestimmte Zeitpunkt eingetreten ist, seine volle Rechtswirkung.

Danach ist auch klar, daß der Zeitfolger nicht Rechtsnachfolger seines unmittelbaren Zeitvorgängers ist, da er ja sein Recht nicht von diesem

---

8) Vgl. den Rechtsfall in G.-Z. 1869 Nr. 72 [= Sammlung VII. Nr. 3375].

9) Keller a. a. O.

10) Vangerow §. 96 und die dort Angeführten, Arndts §. 128, Keller §. 130, Entsch. G.-Z. 1860 Nr. 57 [= Sammlung II. Nr. 1000]; unzulässige Unterscheidungen macht Puchta §. 142. Jhering S. 523, 524 will an den Successionsfall kraft Gesetzes nur das Erwerbsrecht angeknüpft wissen, welches erst durch Erklärung, oder auf andere Weise (Investitur) zu realisiren sein soll. Das Recht des Vorgängers läßt auch er mit dem Eintritt des Successionsfalles erlöschen.

11) Rießer in Linde's Ztschr. II. S. 1 fg., 270 fg. Wening Lehrb. §. 116. (Vgl. auch Engelmann Der Rückfall des Eigenthums nach röm. R. 1868.) Ausführliche Widerlegung bei Vangerow §. 96.

12) Sein nicht mehr bestehendes Eigenthum auf den neuen Eigenthümer zu übertragen, hätte keinen Sinn.

13) Wo dies der Fall ist, bedarf es einer Rückübertragung an den ursprünglichen Eigenthümer darum nicht, weil das Zeitstück, welches auf das nun erloschene folgt, von ihm niemals weggegangen war.

14) So wird z. B. sowohl das Fideicommißband, als die fideicommissarische Substitution intabulirt und dadurch das künftige Eigenthum wirklich übertragen. Vgl. auch §§. 1236, 1255. Entsch. G.-H. 1869 Nr. 65 [= Schimkowsky I. Nr. 162].

ableitet; er ist vielmehr[15]) Rechtsnachfolger des Constituenten des zeitlichen Eigenthums; ist dieses nach Zeitstücken an mehrere reihenweise eintretende Zeitfolger übertragen, so erscheinen sie sammt und sonders als unmittelbare Rechtsnachfolger des Constituenten, und haben daher auch nur die von diesem, nicht auch die von den Zeitvorgängern auf die Sache gelegten Lasten zu übernehmen.[16])

2) Mit dem Untergange des zeitlichen Eigenthums durch Zeitablauf erlöschen auch die von dem zeitlichen Eigenthümer auf die Sache gelegten dinglichen Rechte[17]); denn einerseits konnte der zeitliche Eigenthümer Anderen nicht mehr Rechte einräumen, als er selbst hatte (§. 442), und andererseits hatte der spätere Zeitfolger bereits ein unentziehbares Recht auf den seinerzeitigen ungeschmälerten Genuß der Sache erworben, welches ihm verkümmert würde, wenn er die von dem Zeitvorgänger constituirten Lasten übernehmen müßte. Daher gilt der Grundsatz: Resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum — ein Satz, der im östr. G.-B. (§§. 468, 527) speciell in Bezug auf die Belastung des zeitlichen Eigenthums durch Pfandrechte und Servituten ausdrücklich ausgesprochen ist, und nur aus Rücksicht für die Verkehrssicherheit zu Gunsten desjenigen außer Wirksamkeit gesetzt ist, dem die Zeitlichkeit des Eigenthums nicht erkennbar war (§§. cit.).

Die Erlöschung des zeitlichen Eigenthums durch Zeitablauf (und ebenso die der darauf vom zeitlichen Eigenthümer gelegten Lasten) wirkt jedoch nur für die Zukunft, nicht auch zurück in die Vergangenheit (resolutio ex nunc, nicht ex tunc).[18]) Daher bleiben dem zeitlichen Eigenthümer und seinen Erben die bezogenen Früchte (§§. 1085, 1236, ferner §. 613 mit §. 519) und es können selbst die fälligen, aber noch nicht bezogenen Civilfrüchte noch nachträglich eingefordert werden; in gleicher Weise sind die Dritten eingeräumten dinglichen Rechte nur für die Zukunft, nicht auch für die Vergangenheit unwirksam.

Das Gesagte gilt auch, wenn, wie gewöhnlich, der Tod des zeitlichen Eigenthümers den dem Eigenthumszeitstück bestimmten Endtermin bildet.[19]) Der nun eintretende Zeitfolger darf nicht als Erbe des unmittelbaren Vorgängers angesehen werden[20]); als Zeitfolger übernimmt er nicht einmal die von seinem Vorgänger auf die Sache gelegten Lasten, geschweige denn die sonstigen Verbindlichkeiten desselben (vgl. §. 548 mit §§. 468, 527, 1236, 613, 640); er braucht auch, um die Sache zu erlangen, an welcher das zeitliche Eigenthum besteht, nicht jenen Vorschriften

---

15) Den Fall des Eigenthumsrückfalls ausgenommen.

16) Besonders wichtig für die Lehre von Familienfideicommissen und fideicommissarischen Substitutionen.

17) Arndts, Puchta, Keller, Vangerow a. d. a. O., a. M. natürlich Rießer.

18) Arndts §. 128 Anm. Eine andere Bedeutung verbindet mit diesem Ausdruck Vangerow S. 170.

19) Man darf nicht einwenden, daß der Tod ohnedies alle Rechte zerstöre, denn gewöhnliches Eigenthum erlischt in der That durch den Tod nicht (§. 1448).

20) Daß er zufällig auch dessen Erbe sein kann, versteht sich von selbst, kommt aber hier nicht weiter in Betracht.

zu genügen, denen ein Erbe zum Zwecke der Erwerbung der Erbschaft nachkommen muß.

3) Der Inhalt des zeitlichen Eigenthums erscheint insoweit beschränkt, als es das dem Zeitfolger (Anwärter) zustehende Recht auf Uebergang des Eigenthumsobjectes in unverschlimmertem Zustande fordert. Der zeitliche Eigenthümer darf also die Sache nicht zerstören oder deterioriren[21]); er muß sie vielmehr auf eigene Kosten in gutem Zustande erhalten[22]); Veräußerungen und Belastungen sind ihm zwar in der Regel gestattet[23]), allein sie sind von eben so zeitlicher Natur, wie sein eigenes Recht (§§. 468, 527).[24]) Dagegen ist er in der Art der Benutzung, soweit dadurch die Sache nicht verschlimmert wird, völlig unbeschränkt; kurz, er hat im Wesentlichen nur die Rechte eines Fruchtnießers (§. 613). Da er jedoch Eigenthümer ist[25]), so kann er die Sache mit der Eigen-

21) So Entsch. G.-H. 1869 Nr. 65 = ebenda 99 (— s. Note 14 a. E. — betreffend das der Witwe des Erblassers durch Erbvergleich zugewiesene, mit dem Anwartschaftsrecht zu Gunsten des minderjährigen Sohnes belastete Nachlaßgrundstück). Ueber Erlöschung von Servituten durch Confusio s. Jhering S. 451.

22) Man kann darüber streiten, ob diese Verpflichtung eine obligatorische (Jhering S. 524), oder ob sie nur eine Consequenz des Satzes ist, daß der zeitliche Eigenthümer beim Eintritt des Endtermins das Eigenthum in demselben Zustande zurücklassen muß, in welchem es zur Zeit der Erwerbung sich befand.

23) Jhering S. 451, 473, 507. Die Frage ist in der Praxis streitig: Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 86 [= Sammlung VI. Nr. 3046]: Es war Jemandem ein Gut in der Landtafel mit der Verpflichtung zugeschrieben, dasselbe zu einem Familienfideicommiß zu widmen; trotzdem wurde gegen ihn eine Pfandrechtspränotation mit dem bloßen Beisatz verwilligt, daß sie durch die erwähnte Verpflichtung der Widmung zu einem Familienfideicommiß beschränkt sei. Nach Entsch. G.-Z. 1855 Nr. 85 (= Peitler 2. Aufl. Nr. 745) kann der fideicommissarische Institut das Gut für die Dauer seiner Genußperiode belasten, nur entfällt diese Belastung ipso jure mit dem Rechte des Verpfänders; ebenso spricht Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 60 [= Sammlung VII. Nr. 3370] aus, daß er die Früchte unbedingt, die Substanz aber auf den Fall der Erlöschung der Substitution verpfänden könne; vgl. noch Entsch. G.-H. 1871 Nr. 2 [= Sammlung VIII. Nr. 3929]. Dagegen aber Entsch. G.-H. 1866 Nr. 92 [= Sammlung V. Nr. 2571]: Der fideicommissarische Institut kann sein beschränktes Eigenthum nicht einmal mit Aufrechthaltung des Substitutionsbandes übertragen, weil er nur die Rechte eines Fruchtnießers hat. Pl.-Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 74, 1872 Nr. 4, Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 28, vgl. auch G.-H. 1870 Nr. 1 [= Sammlung VI. Nr. 3075 (VIII. Nr. 3784 und) IX. Nr. 4217, VI. Nr. 3158; Schimkowsky II. Nr. 1201]: Er kann die Substanz des Substitutionsvermögens nicht giltig mit Pfandrechten belasten, und es ist daher auch executive Schätzung und Feilbietung des mit dem Substitutionsband behafteten Gutes unzulässig. — Bezüglich der Familienfideicommisse gilt allerdings eine andere, als die im Text genannte Regel. Wegen ihres historischen Zusammenhanges mit den alten Erb- und Stammgütern können sie ohne gerichtliche Bewilligung nicht einmal zeitlich veräußert oder verpfändet werden (§§. 618, 632), wogegen mit gerichtlicher Bewilligung innerhalb gewisser Schranken selbst eine die Nachfolger bindende Veräußerung (§§. 633, 634) oder Verpfändung (§§. 635, 640) stattfinden kann.

24) S. die vorige Note.

25) Puchta §. 142, Arndts §. 128 a. E. L. 66. D. de rei vind. 6. 1: Non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus, quod abire a nobis dominium speratur, si conditio legati vel libertatis exstiterit. Vgl. L. 4 §. 3. D. de in diem add. 18. 2.

thumsklage verfolgen[26]), wird als Eigenthümer in das öffentliche Buch eingetragen[27]), hat den Anspruch auf einen Theil des in der Sache gefundenen Schatzes und kann, wenn die Anwärter wegfallen, auch unbeschränkter Eigenthümer werden.

Ganz andere Regeln gelten, wenn das Eigenthum nicht durch einen Endtermin beschränkt, sondern dem Eigenthümer nur die obligatorische Verbindlichkeit auferlegt ist, beim Eintritt eines bestimmten Falles das Eigenthum an einen Anderen zu übertragen.[28]) Tritt dieser Fall ein, so ist gleichwohl von einem Erlöschen des bisherigen Eigenthums durch Zeitablauf keine Rede, sondern es muß nur das Eigenthum, und zwar das nämliche Eigenthum, welches bei dem bisher Berechtigten war, auf den neuen Eigenthümer übertragen werden; dieser Uebergang wird nun erst durch Tradition oder Umschreibung bewirkt; der neue Erwerber ist nicht Zeitfolger, sondern Rechtsnachfolger seines unmittelbaren Vorgängers, und muß daher sämmtliche von diesem auf die Sache gelegte Lasten übernehmen (§. 443).[29]) Der Vorgänger war eben in der Verfügung mit der Sache völlig unbeschränkt, und wenn auch die von ihm vorgenommenen Belastungen bestimmten Abmachungen mit seinem Nachfolger widersprechen mögen (vgl. §§. 1068, 1069), so erlöschen sie doch keineswegs durch den Uebergang des Eigenthums an den letzteren, sondern dieser hat wegen der pflichtwidrigen Gebahrung des ersteren lediglich einen Anspruch auf Schadenersatz. Ebenso bleibt dem Verkürzten nur ein Schadenersatzanspruch, wenn der Verpflichtete unter Mißachtung des bestehenden obligatorischen Verhältnisses das Eigenthum an einen Anderen, als den er sollte, überträgt; die Uebertragung selbst ist giltig (§§. 430, 440).

Vor dem Eintritt des Endtermins, welcher die zeitliche Grenze eines bestehenden Eigenthumszeitstücks markirt, besteht jenes künftige Eigenthumsrecht, das die Beschränkung des gegenwärtigen zeitlichen Eigenthums bildet, noch gar nicht[30]), weil duorum in solidum dominium esse non potest; wohl aber besteht sofort ein Anspruch gegen den gegenwärtigen Eigenthümer auf Erhaltung der Sache in gutem Zustande.[31]) Gleichwohl kann das künftige Eigenthumsrecht, wie andere künftige Vermögensrechte, schon vor seinem Inslebentreten veräußert, vererbt und belastet werden.[32]) Die dadurch entstehenden Rechte Dritter sind jedoch

26) S. L. 66. D. de rei vind. in Note 25.

27) Note 15 a. E.

28) Fälle dieser Art oben bei Note 8.

29) Vgl. Vangerow S. 170 fg., Gerber §. 176 Note 11, Savigny III. S. 155 und Note o.

30) Ihering S. 451, 473, 523 fg., der es daher (Note 163) mit Recht für verkehrt erklärt, wenn man das Recht des Nachfolgers als ein bereits jetzt vorhandenes dem unzweifelhaft gegenwärtigen Rechte des derzeitigen Eigenthümers gegenüberstellt, wie dies im Anschluß an die ältere Theorie das b. G.-B. §. 629 thut, indem es dem Inhaber des Fideicommisses das Nutzungseigenthum, den Anwärtern das Obereigenthum zuspricht.

31) Oben Note 22.

32) Auch diese Frage ist, wie die in Note 23 besprochene, in der Praxis sehr streitig. Im Sinne des Textes ist sie gelöst in der Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 11 [= Sammlung VI. Nr. 2855], welche das Erbrecht des fideicommissarischen

gleichfalls nur künftige, und, wofern der Endtermin ein ungewisser ist, selbst ungewiß, wie es das Recht desjenigen ist, der sie eingeräumt hat. Tritt dann das künftige Eigenthum durch den Eintritt des Termins ins Leben, so gelangen auch die Dritten kraft desselben eingeräumten Rechte zur Wirksamkeit[33]), und für den neuen Eigenthümer entsteht das Recht der Vindication. Wird hingegen der Termin vereitelt, so entfällt auch das künftige Eigenthum sammt den darauf gegründeten Rechten Dritter, und das bisherige zeitliche Eigenthum wird ein unbeschränktes.

§. 201. Veräußerungsverbote.[1])

Der Eigenthümer ist kraft seines allgemeinen Dispositionsrechtes befugt, die ihm gehörige Sache beliebig zu veräußern oder zu belasten (§. 362); diese Befugniß kann ihm aber durch Rechtsvorschrift[2]) oder auch durch Privatdisposition entzogen sein, in welchem Falle man von einem Veräußerungs- oder bezw. einem Einschuldungsverbote (interdictum de non alienando, de non onerando) spricht; das letztere ist in dem ersteren stillschweigend begriffen[3]), weil jede Verschuldung (Verpfändung) eine eventuelle Veräußerung in sich begreift.

Die Veräußerungsverbote sind entweder nothwendige oder freiwillige (constituirte); die ersteren beruhen entweder unmittelbar auf einer Rechtsvorschrift (gesetzliche V.-V.) oder auf einer richterlichen Verfügung (richterliche V.-V.), die letzteren auf Privatwillkür, nämlich einer letztwilligen oder vertragsmäßigen Privatverfügung.

Fälle richterlicher Veräußerungsverbote, die dem neuesten österreichi-

---

Substituten bei Lebzeiten des Fiduciars für veräußerlich und diese Erscheinung nicht im Widerspruch stehend mit §. 879 Nr. 4 erachtet, und in Entsch. G.-Z. 1872 Nr. 4 [Nicht enthalten in den Sammlungen], welche die Pränotation von Pfandrechten auf das Anfallsrecht (freilich war der Substitutionsfall bereits eingetreten und nur nicht grundbücherlich ausgezeichnet) für zulässig erklärt. Dagegen findet Entsch. G.-H. 1867 Nr. 3, 1869 Nr. 59 [= Samml. V. Nr. 2579, VII. Nr. 3376] eine Pränotation gegen den fideicommissarischen Substituten vor dem Eintritte des Substitutionsfalles unzulässig, weil sein Recht vor diesem Zeitpunkte noch gar nicht bestehe (§§. 703, 704); ebenso Entsch. G.-Z. 1867 Nr. 94 [= Sammlung VI. Nr. 2853], weil das, wenn auch intabulirte Recht des Substituten auch vertragsmäßig nicht verpfändet werden könne (vgl. auch Entsch. G.-H. 1870 Nr. 68 [= Sammlung VIII. Nr. 3822]). Das Hofd. v. 7. April 1798 Nr. 408 J.-G.-S. erklärt ausdrücklich Pfandrechts-Intabulationen auf Früchte künftiger Anwärter für unzulässig.

33) Die Priorität derselben richtet sich nach dem Zeitpunkte ihrer Bestellung; der Zeitpunkt ihrer Entstehung ist für alle der gleiche.

1) Vangerow I. §. 299 S. 629 bis 634, Puchta §. 145, Arndts §. 132, Keller §. 126, Exner Tradit. S. 73 fg., Unger Erbrecht S. 214, Syst. II. S. 176 Note 16, 17; Inst. Quibus alienare liceat vel non. 2. 8. Cod. de reb. alienis non alienandis et de prohibita rerum alienatione vel hypotheca. 4. 51.

2) Natürlich ist hier nicht zu denken an bloße Beschränkungen der allgemeinen persönlichen Handlungsfähigkeit, als welche unter einen ganz anderen Gesichtspunkt fallen.

3) L. 7. Cod. l. c.

schen Rechte[4]) angehören, liegen in der bücherlichen Anmerkung einer vollzogenen executiven Versteigerung (§. 72 Grundb. Ges.)[5]) und in der edictalen Aufforderung an diejenigen, welche sich durch die Aufnahme eines Grundstückes in die Eisenbahneinlage beeinträchtigt glauben.[6]) Kraft Gesetzes sind unveräußerlich brauchbare ärarische Monturstücke[7]), verbotene Waffen[8]), Familienfideicommisse[9]); zuweilen ist nur die entgeltliche Veräußerung untersagt, wie bei Reliquien[10]), ausländischen Lotterieloosen[11]), ausländischem Tabak, zuweilen nur die theilweise Veräußerung, wie bei Gemeindewaldungen.[12]) Die res litigiosa kann nach östr. Recht[13]) wirksam veräußert werden, und die Veräußerung macht den Veräußerer nur civilrechtlich verantwortlich (§. 378). Die constituirten Veräußerungsverbote kommen in der Regel nur bei unentgeltlichen Geschäften, also bei letztwilligen Anordnungen und Schenkungen vor.

Wirkung. Eine gegen ein gesetzliches oder richterliches V.-V. verstoßende Veräußerung ist nichtig (§. 878 b. G.-B., §. 72 Grundb.-O.)[14]), und es ist auch jede Ersitzung von Seiten desjenigen, der im Wege einer solchen Veräußerung erwirbt, ausgeschlossen (§. 1455). Die gesetzwidrig veräußerte Sache kann sogar vom Veräußerer selbst vindicirt werden, ohne daß ihm die exceptio rei vend. et trad. wirksam entgegengesetzt

---

4) Das ältere östr. R. war an Fällen dieser Art sehr arm. Der §. 33 böhm. Landtafelpat. spricht zwar von einem solchen, indem bei einer Löschungsklage zu dem Zwecke, damit „die landtäfliche Post während des Streites weder veräußert, noch verpfändet werde," ein nach dem 30. Hauptst. A. G.-O. erwirktes Verbot vorgemerkt werden kann, und darum handelt Schein (V. d. Grundbuchsführung S. 89—93) in dem Falle, daß der Erwerber keine pränotationsfähige Urkunde besitzt, von diesem im Grundbuch einzutragenden Interdict als einem geeigneten Mittel, während des Rechtsstreites nachtheiligen weiteren Intabulationen vorzubeugen. Allein dieses Rechtsmittel ist längst durch das viel zweckmäßigere der Streitanmerkung (Hofd. v. 29. Aug. 1818 und 27. März 1846, Klepsch Tabularrecht S. 87, 88) ersetzt. — Auch die Sequestrationen könnte man hieher zu zählen versucht sein, indem an der sequestrirten Sache zum Nachtheil des Sequestrationswerbers von einem Dritten kein dingliches Recht erworben werden kann. Allein dieses Verbot gilt, wie die Streitanmerkung, nur bedingt, nämlich wenn der Sequestrationswerber im Processe siegt.

5) Der noch immer als Eigenthümer im Grundbuch eingetragene Execut verliert durch diese Anmerkung die Möglichkeit, das versteigerte Gut seinerseits zu veräußern. Entsch. G.-H. 1865 Nr. 25 und G.-Z. 1867 Nr. 7 und 65 [= Sammlung IV. Nr. 1696, V. Nr. 2575, Riehl I. S. 516.] Vgl. auch die Lehre vom gerichtlichen Verkauf im Obl.-Recht und unten §. 232.

6) Der Anschlag des Edictes hat die Wirkung, daß von da an dingliche Rechte an dem Grundstücke gegen die Besitzvorgänger der Unternehmung nicht mehr erworben werden können. Ges. v. 19. Mai 1874 Nr. 70 R.-G.-B. §. 23.

7) Hofkanzld. v. 5. Decbr. 1800 und 29. August 1839.

8) Pat. v. 24. Oct. 1852 Nr. 223.

9) §. 618 b. G.-B.

10) Hofd. v. 25. Nov. 1826.

11) Fin.-Min.-Erl. v. 4. Febr. 1860 Nr. 33.

12) Forstgesetz §. 21.

13) Nach röm. R. ist sie unveräußerlich. Puchta §§. 96, 145.

14) Exner Tradit. S. 73. Specielle behördliche Bewilligung kann meist die sonst verbotene Veräußerung zur erlaubten machen.

15) Diese exceptio wird nämlich durch die replicatio der Nichtigkeit der Veräußerung elidirt. Vangerow S. 630, Unger §. 91, Note 27, 35.

werden könnte (§. 366). Trotzdem ist das Eigenthum an der unveräußerlichen Sache als ein völlig unbeschränktes anzusehen, weil die Veräußerungsbefugniß nicht zum Inhalt des Eigenthums gehört.[16]) — Bei constituirten Veräußerungsverboten ist zu unterscheiden, ob sie einem unentgeltlichen Geschäfte oder einem entgeltlichen beigefügt sind. Im ersten Falle liegt in dem Veräußerungsverbot eine Auflage (Modus) mit der einer solchen zukommenden Rechtswirkung, hervorrufend also namentlich eine persönliche Verbindlichkeit des unter der Auflage Begünstigten, jede Veräußerung und Einschuldung bei sonstigem Verluste des Eigenthums[17]) zu unterlassen (§§. 709, 901 b. G.-B.). Das Veräußerungsverbot wirkt hier wie ein Endtermin und macht daher das Eigenthum zu einem zeitlichen und somit beschränkten; nicht darum also, weil der Inhalt des Eigenthums beschränkt wäre, sondern weil das Eigenthum ein zeitliches wird, bildet die Veräußerungsbeschränkung zugleich eine Eigenthumsbeschränkung. Doch unterscheidet sich das mit dem Veräußerungsverbot belastete Eigenthum von einem gewöhnlichen zeitlichen Eigenthum gleichfalls, insofern der Eigenthümer zur ungeschmälerten Erhaltung der Substanz nach §. 613 nicht verpflichtet ist.[18]) Bei unbeweglichen Sachen muß das Veräußerungsverbot, wie jede Eigenthumsbeschränkung, in das öffentliche Buch eingetragen sein (§. 443 b. G.-B.; Pat. v. 9. Aug. 1854 §. 158).[19]) Auch bei beweglichen Sachen wirkt die Veräußerungsbeschränkung Dritten gegenüber nur, wenn sie ihnen bekannt war (§§. 468, 367); unter diesen Voraussetzungen kann aber die Sache bei unbefugter Veräußerung oder Einschuldung auch gegen Dritte vindicirt und die Verschuldung als eine nichtige angefochten werden.[20]) Die Klage steht aber nur demjenigen zu, an welchen das Eigenthum wegen nicht befolgter Auflage gefallen ist, nicht aber dem Veräußerer oder Verpfänder, der vielmehr durch die verbotene Handlung sein Eigenthum verloren hat. Macht aber der Klagberechtigte von seinem Rechte keinen Gebrauch, so bleibt die Veräußerung oder Belastung giltig.

Als Auflage bindet das Veräußerungs- und Einschuldungsverbot nur den damit Belasteten; seinen Gläubigern bleibt das gesetzliche Recht, aus dessen gesammtem Vermögen ihre Befriedigung zu suchen, unverkürzt; es kann ihnen also, wo die gesetzlichen Voraussetzungen einer Pränotation

---

16) Mit Unrecht werden die Veräußerungsverbote als Eigenthums-Beschränkungen aufgefaßt von Puchta §. 145 und Arndts §. 132. Der so beschränkte Eigenthümer ist nur persönlich beschränkt; er hat gleichwohl das ganze Eigenthum, nicht etwa nur das Eigenthum mit Ausschluß des Veräußerungsrechtes.

17) Nicht so nach röm. R., nach welchem überhaupt die Wirkung des Modus eine andere ist, als nach östr. R. Oben §. 115.

18) Sein Auctor wollte ihm nur die Veräußerung und Belastung, nicht aber auch eine sonstige Verfügung über das Eigenthumsobject untersagen.

19) Die Eintragung geschieht aber nicht etwa, um dem Veräußerungsverbot absolute Wirkung zu verschaffen (eine auch jeden Dritten treffende Verbindlichkeit daraus erwachsen zu lassen), sondern nur zur Ersichtlichmachung des Endtermins und damit der Zeitlichkeit des Eigenthums.

20) Denn sobald die Veräußerung oder Einschuldung erfolgt, geht das Eigenthum des Veräußerers unter.

oder zwangsweisen Sicherstellung und Einbringung ihrer Forderungen aus dem mit diesem Verbote belasteten Gute vorliegen, dieselbe nicht versagt werden[21]), und es erscheinen solche Acte durchaus nicht als Uebertretungen der Auflage. Das Verbot bindet auch nicht den Ersteher der Sache, der sie in Folge der Durchsetzung der gläubigerischen Rechte erwirbt, — ein Beweis, daß es als solches keine Eigenthumslast ist.

Das Veräußerungsverbot bezweckt regelmäßig nur die Verhütung der Verarmung des Belasteten; es benimmt ihm daher nicht das Recht, nach Belieben letztwillig über die Sache zu verfügen (§. 610).

Wurde das Veräußerungsverbot einem entgeltlichen Geschäfte beigefügt, so bildet es, wenn es nicht als Resolutivbedingung erklärt wurde (§. 901), einen Theil der sonstigen durch das Geschäft übernommenen Verbindlichkeiten; im Falle seiner Nichtbefolgung ist daher lediglich Klage auf (Erfüllung und) Schadenersatz (§. 919) zulässig, die vorgenommene Veräußerung oder Verschuldung wird aber nicht nichtig.[22]) — Die Eintragung dieses Verbotes in das öffentliche Buch ist nur dann zulässig, wenn es ausdrücklich als Resolutivbedingung oder Endtermin erklärt worden ist.[23])

§. 205. Die Fruchtseparation.[1])

Wird eine Sache in Stücke getheilt, so treten zwar an die Stelle der früheren einen nun mehrere einzelne Sachen; allein darin liegt nicht Entstehung eines neuen Eigenthumsverhältnisses[2]); die mehreren Sachen sind gleichwohl als identisch mit der früher vorhanden gewesenen einen anzusehen, da die rücksichtlich der letzteren begonnene Ersitzung fortläuft, und ein an ihr vor ihrer Zerlegung begründetes Pfandrecht ohne Zweifel fortdauert. Anders dagegen im Falle der Trennung der Früchte von der erzeugenden Sache, obwohl allerdings auch diese vordem Bestandtheile der fruchttragenden Sache waren; die getrennte Frucht ist nämlich eine neue, mit einem besonderen Namen belegte Sache, die Hauptsache bleibt ganz trotz der Abtrennung der Frucht, und das an der Hauptsache haf-

---

21) Vgl. die Plenarentscheidungen in der Sammlung I. Nr. 116, 140, 238; Entsch. G.-H. 1870 Nr. 42 [= Sammlung VIII. Nr. 3784].

22) Ebenso nach röm. R. Vangerow S. 633. Ein solches vertragsmäßiges V.-V. sehen manche in der Intabulation des sog. Kaufrechtes, der sie die Wirkung zuschreiben, eine später erfolgende Veräußerung oder Belastung nichtig zu machen. So Dierl Jurist III. S. 332 fg. Allein eine solche Intabulation ist überhaupt unzulässig. So richtig die Entsch. in der Ztschr. f. R. u. St.-W. 1849 I. S. 206 [= Peitler 1. Aufl. Nr. 175.]

23) Als bloße Verbindlichkeit zu einer Unterlassung ist es darum nicht intabulirbar, weil nur jene Obligationen, deren bücherliche Eintragung das Gesetz zum Zwecke der Wirksamkeit gegen Dritte ausdrücklich gestattet, Gegenstand einer solchen Eintragung sind.

1) Vgl. Vangerow I. §. 326, Keller §. 143, Arndts §. 156, Puchta §. 166, Holzschuher II. S. 227 f., Luden Rechtslex. IV. S. 418 fg.

2) Nur insofern kann man von einer Aenderung an dem bestehenden Eigenthum reden, als früher diese einzelnen Stücke nicht als besondere Sachen existirten, während sie nun allerdings als solche Eigenthumsobject sind. Keller a. a. O., Vangerow Anm. 1.

tende Pfandrecht erstreckt sich nicht auch auf die separirten Früchte. Somit bildet die Fruchttrennung eine Eigenthumsentstehungsart.[3])

Die getrennten Früchte fallen regelmäßig in das Eigenthum desjenigen, dem die Hauptsache gehört, weil die Benutzung der Sache in dem Inhalte des Eigenthumsrechtes enthalten ist (§. 354). Dies gilt namentlich von den natürlichen Früchten des Bodens und von den Nutzungen der Thiere, zu denen auch die Jungen gerechnet werden müssen (§. 405). Eine Vergütung für die Befruchtung durch fremde Thiere ist im Zweifel nicht zu leisten (§. 406).

Von der Regel, daß die separirten Früchte dem Eigenthümer der erzeugenden Sache zufallen, bestehen folgende Ausnahmen:

1) Derjenige, welchem aus besonderem Rechtsgrunde das Recht der Benutzung einer fremden Sache zusteht (Fruchtnießer §. 509, Pachter §. 1091, Käufer eines Grundstückes vor der Umschreibung im öffentlichen Buche §. 431 u. s. w.) erlangt durch die während seiner Genußperiode wie immer erfolgte Trennung der Frucht[4]), zu deren Bezug er ein Recht hat, das Eigenthum an derselben. Erst durch die erfolgte Trennung — denn allerdings ist zunächst auch die Frucht, die der Pachter oder Fruchtnießer gesäet haben, sobald die Pflanze Wurzel geschlagen hat, als pars fundi Eigenthum des Grundeigenthümers (§. 420), daher auch die Gläubiger des letzteren darauf greifen können; erst nach der während der Genußperiode erfolgten Trennung fällt die Frucht dem Pachter oder Fruchtnießer zu, weil ihnen das Benutzungsrecht für die bestimmte Zeit eingeräumt ist. Darum kann gegen den noch nicht umschriebenen Käufer eines Grundstücks (zwar noch nicht auf das Grundstück selbst, wohl aber) auf die separirten Früchte, die ihm kraft des ihm durch die Uebergabe des Grundstücks bereits eingeräumten Benutzungsrechtes zufielen, Execution geführt werden[5]); darum gehören die Früchte eines Fideicommißgutes zum Allodialvermögen (§. 631), und kann der Fideicommißbesitzer dieselben unbeschränkt verpfänden, soweit er sie einzusammeln berechtigt ist (§. 632).

Dieser Eigenthumserwerb des Genießers einer fremden Sache an den separirten Früchten ist aber von dem Eigenthumsrecht desjenigen abhängig, der das Benutzungsrecht eingeräumt hat (§. 442 a. E.). Diese Eigenthumsentstehung ist also zu den derivativen[6]) Erwerbsarten zu

3) Keller und Vangerow a. a. O. Vgl. Ausführungen I. S. 328, §. 97.

4) Nach deutschem Recht ist die Frucht dem redlichen Erwerber schon erworben („verdient"), sobald die zu ihrer Erzeugung nothwendige Arbeit geschehen ist. Gerber System §. 100.

5) Entsch. G.-H. 1867 Nr. 31 [= Sammlung V. Nr. 2508].

6) Vgl. Puchta Pand. §. 150, Keller §§. 128, 143, Vangerow §. 312, Savigny Besitz S. 314, Sintenis I. S. 484 u. A. Dagegen Arndts in Linde's Ztschr. N. F. III. S. 388—392 und Pand. §. 156 Anm. 1. Die letztere Meinung hat ohne Zweifel das Eine für sich, daß das Eigenthum vor der Trennung der Frucht als ein selbständiges nicht existirt; allein dies beweist nichts, da man sonst auch in der Theilung einer gemeinschaftlichen Sache keinen derivativen Eigenthumserwerb erblicken dürfte. — Vangerow will den Erwerb als einen derivativen nur

zählen. Ueber die Ausnahme (originärer Erwerb), die beim redlichen Besitz des Auctors oder Genießers eintritt, sofort.

2) Der redliche Besitzer einer fruchttragenden Sache erwirbt das Eigenthum aller während seines unangefochtenen („ruhigen") Besitzes von der Sache wie immer getrennten Früchte[7]), und ist nicht einmal (wie noch nach röm. Recht) verpflichtet, mit der Sache die noch vorhandenen Früchte (fructus extantes) herauszugeben[8]) (§§. 330, 338[9]) b. G.-B.). Da das Gesetz nicht unterscheidet, bezieht sich dies auch auf den Rechtsbesitzer, z. B. den redlichen Besitzer des Fruchtgenuß- oder Pachtrechtes. — Die Civilfrüchte, die dem redlichen Besitzer ebenfalls gebühren, wenn sie während seines ruhigen Besitzes fällig gewesen und von ihm erhoben worden sind (§. 330 a. E.), erlangt er durch Tradition. Die Bestimmung des Gesetzes, daß sie „ihm gehören", will aber nicht nur besagen, daß der redliche Besitzer sowohl gegen die Klage des Vindicanten, als auch gegen jene des Zahlers (die letztere wäre die condictio indebiti §. 1431) geschützt sei, sondern sie enthält zugleich den Rechtssatz, daß auch der Zahler, obwohl er nicht an den rechten Gläubiger gezahlt hat, auf wiederholte Zahlung nicht belangt werden kann.[10])

3) Der redliche Finder einer Sache hat nach fruchtlosem Ablauf eines Jahres nach öffentlicher Kundmachung des Fundes das Benutzungsrecht der gefundenen Sache mit der einzigen Beschränkung, daß er die etwa bezogenen Zinsen dem sich meldenden Eigenthümer zu restituiren hat; er darf also die separirten Früchte, z. B. die Wolle, die Milch, die Jungen des gefundenen Thieres für sich behalten, §. 392.

4) Vermöge des in das östr. Recht übergegangenen Ueberhangrechtes kann jeder Grundeigenthümer die über seinem Luftraume hängenden Aeste eines fremden Baumes beliebig benutzen; er erlangt also das Eigenthum der Früchte durch Separation (§. 422).[11]) Selbstverständlich enthalten auch die Fälle sub 2 und 3 originäre Eigenthumserwerbsarten.

---

beim Pachter und anderen obligatorisch Berechtigten, nicht auch beim Usufructuar ansehen.

7) Ebenso nach röm. R. Vangerow S. 702 fg. und die oben Genannten. Das Eigenthum erwirbt der b. f. poss. nach röm. R. durch Separation, nicht erst durch Perception. So auch nach östr. R., was freilich Winiwarter II. S. 81 bestreitet. Savigny Besitz §. 22a will den redlichen Besitzer auch an den separirten Früchten nur redlichen Besitz, nicht Eigenthum erlangen lassen. Darüber Keller S. 274 und bes. Arndts §. 156 Anm. 3.

8) Vgl. die treffende Begründung dieser Abweichung vom röm. R. bei Zeiller II. S. 69.

9) Die von der Zeit der Klagezustellung gewonnenen Früchte müssen herausgegeben werden, denn der redliche Besitz ist vom Zeitpunkt der zugestellten Klage kein „ruhiger" mehr, da er angefochten ist, und wird von nun an in wesentlichen Beziehungen nicht mehr als redlicher behandelt.

10) Trotz §. 1424 b. G.-B. Könnte er nämlich zur abermaligen Vornahme der schon geleisteten (z. B. Reallast-) Zahlung verhalten werden, so müßte er doch auch gegen den redlichen Besitzer, der die Zahlung empfing, die cond. ind. haben. Damit wäre aber die Anordnung des §. 330 thatsächlich eludirt.

11) Gerber §. 91.

§. 219. Die Geldvermengung.

Wie nach römischem, so gilt auch nach östr. Rechte der Grundsatz, daß Jener, welcher fremdes Geld mit dem eigenen Gelde vermengt, Eigenthümer des ganzen Gemenges wird, nur natürlich mit der Verbindlichkeit, den früheren Eigenthümer des dem Vermengenden fremden Geldes zu entschädigen. Sind jedoch die fremden Geldstücke in dem Gemenge noch unterscheidbar und ist der Vermengende unredlich, dann ändert sich nichts an dem bisherigen Eigenthum (§. 371). Der bloße redliche Erwerb des Geldes (ohne Vermengung) schützt vor der Eigenthumsklage nicht.[2])

Der Eigenthumserwerb durch Geldvermengung setzt voraus, daß der Vermengende ausschließlicher Besitzer des ganzen Geldgemenges ist. Wo dies nicht der Fall ist, z. B. bei der Vermengung der Gelder verschiedener Personen durch Zufall oder durch einen Dritten, gelten die allgemeinen Grundsätze über die Vermengung von Sachen (§. 415 b. G.-B.). Ebenso, wenn Inhaberpapiere, die nicht Geld sind[3]) und verschiedenen Personen gehören, durch wen immer vermengt wurden. Dadurch entsteht kein Alleineigenthum des Vermengenden, sondern höchstens Miteigenthum aller Jener, deren Papiere vermengt wurden.

§. 220. Einleitung zur Lehre von der Eigenthumsübertragung bei unbeweglichen Sachen.[1])

Hinsichtlich der Uebertragung des Eigenthums von Grundstücken und der als unbeweglich erachteten Gerechtsame galt in Deutschland von alten Zeiten her der Grundsatz der Oeffentlichkeit, d. i. die Parteien mußten ursprünglich vor der Volksgemeinde, später vor dem Gerichte der gelegenen Sache persönlich die Veräußerung und die Uebernahme erklären, worauf das Gericht, wenn von Niemandem dagegen ein Einspruch erhoben wurde, den Act feierlich bestätigte und damit unter seinen Schutz nahm (Gerichtliche Auflassung).[2]) Später kam auch noch die Eintragung in gewisse dazu bestimmte öffentliche Bücher hinzu; ursprünglich blos zur Unterstützung des Gedächtnisses[3]), während man später

---

1) Es macht also einen Unterschied, ob der Bevollmächtigte, der für den dominus negotii Gelder eincassiert hat, das fremde Geld abgesondert verwahrt, oder es mit seiner Barschaft vermengt. Im ersten Falle muß den Zufall, der dieses fremde Geld vernichtet, der dominus, im zweiten Falle der Bevollmächtigte tragen (§. 1311); im ersten Falle kann, wenn der Bevollmächtigte in Concurs verfällt, der dominus seine Barschaft aus der Concursmasse vindiciren, im zweiten Falle kann er nur seinen Ersatzanspruch anmelden und wird wie ein anderer Concursgläubiger behandelt.

2) Anders bei Inhaberpapieren; hier genügt der redliche Erwerb auch ohne Vermengung. Papiergeld ist zugleich Geld und Inhaberpapier; es unterliegt diesfalls den vom Geld geltenden Grundsätzen.

3) Z. B. Loose.

1) Literatur bei Stubenrauch ad §. 431.

2) Gerber Syst. §. 89, Gengler Lehrb. S. 215—217, Mittermaier §. 160, Walter Syst. §. 127, Phillips Grundsätze (1. Aufl.) I. §. 15, Mascher D. deutsche Grundbuchs- und Hypothekenwesen S. 44—46.

3) Phillips S. 190, Mascher S. 53, Brackenhoeft im Rechtslex. V. S. 376.

eben diese Eintragung als die wesentliche Solennität ansah und damit den Schwerpunkt des Actes in diese Handlung verlegte.[4]) Das röm. Recht mit seiner Traditionslehre vermochte wohl einige Zeit diese Sätze zurückzudrängen[5]), aber gänzlich beseitigt hat es sie nie[6]), und namentlich behaupteten sie sich fortwährend in den zu Oesterreich gehörigen Theilen von Deutschland. Als man bei der allmählichen Umwandlung der alten Naturalwirthschaft in die neuere Geldwirthschaft die Wahrnehmung gemacht hatte, wie sehr förderlich diese germanische Einrichtung für den die Grundlage der Geldwirthschaft bildenden Realcredit sei, begann man sie nicht nur in jenen Theilen von Deutschland wieder einzuführen, wo man sie zeitweise verlassen hatte[7]), sondern sie auch in anderen europäischen Ländern einzubürgern.[8])

Die Verfasser des b. G.-B. fanden das Institut in Oesterreich in lebendiger Geltung und durch eine Reihe von Landtafel- und Grundbuchsordnungen geregelt vor und übertrugen daher die materiellen Rechtssätze desselben auch in das G.-B.[9]) Die seitherige Gesetzgebung war bemüht, das Institut durch eine Reihe neuer Bestimmungen zu verbessern. Durch das Grundbuchsgesetz vom 25. Juli 1871 (R.-G.-B. Nr. 95) wurde eine für alle im Reichsrath vertretenen Länder[10]) gleichmäßig geltende Grundlage über die Art der Führung der öffentlichen Bücher, sowie für die Entscheidung einer Reihe in das System der öffentlichen Bücher einschlagenden materiellrechtlichen Fragen geschaffen.

Vor Allem bestimmen das b. G.-B. wie das G.-B.-G., daß das Grundeigenthum nur durch die Eintragung des Erwerbsgeschäftes in die dazu bestimmten öffentlichen Bücher übertragen wird; diese Eintragung nennt man technisch Einverleibung oder Intabulation (§. 431 b. G.-B., §. 4 G.-B.-G.). Dieser Satz entspricht den Anforderungen des Realcredits insoferne, als er Jedermann die Möglichkeit bietet, den wirklichen Eigenthümer durch Einsichtnahme des öffentlichen Buches leicht und sicher zu erfahren. Er bliebe aber eine halbe Maßregel, wenn nicht auch Garantie geboten wäre, daß das durch die Intabulation erworbene Eigenthum nicht durch eine im öffent-

4) Mascher S. 54, 64: „Am Schlusse des Mittelalters gab es in Deutschland nur wenig Städte, in denen keine Grund- und Pfandbücher zu finden waren." Ursprünglich bedurfte es zum Zwecke der Eintragung keiner Urkunden (Handfesten); nach und nach aber wurde dies gebräuchlich, allgemein erst seit dem 14. Jahrhundert, wie sich dies aus Art. 222 des bayr. Landrechts v. 1346 ergibt. Mascher S. 63.

5) Mascher S. 79—93.

6) Vgl. Mittermaier §. 161.

7) Vgl. Mascher S. 125 fg.

8) So wurde in Frankreich durch Gesetz v. 23. März 1855 der Grundsatz sanctionirt, daß Dritten gegenüber zum Zwecke der Erwerbung des Grundeigenthums die Transscription, d. i. Eintragung in die Hypothekenbücher nothwendig sei (Krit. Ueberschau IV. S. 83, 84). Auch England hat im J. 1862 das Grundbuchsinstitut bei sich eingeführt (Austria 1864, Nr. 45); ebenso ist es aufgenommen in den Entwurf eines Civil-G.-B. für Italien III. Buch, 22. Titel (vgl. Wehli G.-H. 1869, Nr. 11).

9) Vgl. Haan Studien über Landtafelwesen, 1866, S. 13, 14.

10) S. aber unten im Text nach Note 19.

lichen Buche nicht ersichtliche Thatsache wieder erloschen, oder sein Werth durch vorausgehende unbekannte (bücherlich nicht apparirende) Lasten vermindert worden sei. Auch diese Garantie bietet die Gesetzgebung, indem sie bestimmt, daß das durch die Intabulation begründete Eigenthum nur durch die Eintragung der Erlöschungsthatsache im öffentlichen Buche aufgehoben (§. 444 b. G.=B.), und nur durch eine ähnliche Eintragung belastet werden kann (§§. 445, 451, 481, 1070, 1073, 1095, 1126 b. G.=B., Pat. v. 12. April 1785, Nr. 407 J.=G.=S., §. 4 G.=B.=G.). Auch diese Eintragungen werden Intabulationen genannt.

Die Intabulation ist hienach jene Amtshandlung der das öffentliche Buch führenden Behörde, welche die Eintragung des Erwerbes, der Erlöschung oder der Belastung des Eigenthums oder eines anderen dinglichen Rechtes an einem Grundstücke in dieses öffentliche Buch zum Gegenstande hat.[11]) Bezweckt sie die Uebertragung des Eigenthums oder eines anderen dinglichen Rechtes an eine andere Person, so wird sie auch Umschreibung, bezweckt sie eine vollständige Aufhebung desselben, so wird sie Löschung oder Extabulation, hat sie endlich die Belastung eines jus in re zum Zwecke, so wird sie Superintabulation genannt. Verschieden von der Intabulation sind die Pränotation (Vormerkung) und die Adnotation (bücherliche Anmerkung). Ueber beide unten das Nähere.[12])

Die zu diesen Eintragungen bestimmten Bücher wurden entweder Landtafeln oder Stadtbücher oder Grundbücher genannt (§. 321 b. G.=B.), je nachdem sie für den (vormals) dominicalen (ständischen

---

11) Und zwar „ohne weitere Rechtfertigung" §. 8 G.=B.=G.

12) Hier nur Folgendes: Pränotationen sind Eintragungen unter der Bedingung nachträglicher Rechtfertigung, Einverleibungen dagegen Eintragungen ohne diese Bedingung (§. 8 G.=B.=G.). Anmerkungen erfolgen theils zur Ersichtlichmachung von Thatsachen und persönlichen Verhältnissen, deren Publicität im Interesse Dritter wünschenswerth ist, mit der Rechtswirkung, daß, wer immer in der betreffenden Einlage eine Eintragung erwirkt, sich auf die Unkenntniß dieser Verhältnisse nicht berufen kann, ohne daß jedoch die Unterlassung der Anmerkung eine rechtliche Folge hätte, — oder sie erfolgen zur Begründung bestimmter, nach den Vorschriften der Civ.=Pr.=O. oder des G.=B.=G. damit verbundener Rechtswirkungen (vgl. §. 20 G.=B.=G., §. 104 der ung. G.=B.=O. v. 1855, §. 88 i. f. C.=O.). Von der ersteren Art sind z. B. die Anmerkung der beschränkten Handlungsfähigkeit und der Aufhebung dieser Beschränkung (§. 20 cit. lit. a). Sie erfolgt (§. 52 G.=B.=G.) auf Ansuchen der Betheiligten, ihrer gesetzlichen Vertreter oder der hiezu berufenen Gerichte; insbesondere ist nach §. 88 cit. bei Ausbruch des Concurses in Ansehung der unbeweglichen Güter und intabulirten Forderungen des Cridars die Verfügung zu treffen, daß im öffentlichen Buche am geeigneten Orte der Tag der Concurseröffnung angemerkt werde. Eine ähnliche Vorsicht wird bei der Prodigalitätserklärung rathsam sein. Die Minderjährigkeit wird am passendsten bei Gelegenheit der Verbücherung der Rechte des Minderjährigen angemerkt werden. Von der zweiten Art sind z. B. die Anmerkung der Rangordnung, der Simultanhypothek, der Streitanhängigkeit, der Sequestration u.s.w. (G.=B.=G. §. 20 lit. a). Vgl. Aussez Landtafel- u. G.=B.=O. §§. 515—522, Tabularverfahren §. 26 fg.

[adeligen] und freien), städtischen oder rusticalen (gutsunterthänigen) Grundbesitz bestimmt waren. Da diese mit der Gutsunterthänigkeit zusammenhängenden Unterscheidungen der Güter heutzutage entfallen sind (Patent v. 7. September 1848), so hat auch die eben genannte Eintheilung der öffentlichen Bücher selbst nicht mehr die Bedeutung, wie vordem, daher in der neuesten Zeit als gemeinschaftliche Bezeichnung aller dieser Bücher, wie auch der Lehentafeln und Bergbücher der Ausdruck Grundbuch immer üblicher wird (so G.-B.-G. Art. I und §. 1). Weitere Bezeichnungen der öffentlichen Bücher beziehen sich auf die Art ihrer Führung, die eine mehr oder minder übersichtliche sein kann; in dieser Beziehung nennt man Grundbücher nur jene öffentlichen Bücher, in denen jedem Grundstück eine besondere Abtheilung (die sog. Grundbuchseinlage, §. 2 G.-B.-G.) gewidmet ist, auf welcher die verschiedenen Eintragungen unter bestimmten Rubriken (Besitzstands-, Eigenthums- und Lastenrubrik)[13]) mit kurzen Worten[14]) und unter Berufung auf die in besonderen Büchern (Urkundenbüchern) oder Urkundensammlungen vorkommenden ausführlichen Abschriften der Documente, auf Grund deren die Eintragungen erfolgten (§. 6 G.-B.-G.), ersichtlich gemacht werden. Im Gegensatz zu den etwa bestehenden Urkundenbüchern werden diese Bücher Hauptbücher genannt (§§. 1, 2 G.-B.-G.), und wird die Erwerbung, Uebertragung, Beschränkung und Aufhebung der bücherlichen Rechte nur durch die Eintragung derselben in das Hauptbuch bewirkt, m. a. W. die Eintragung in das Hauptbuch ist wesentlich für das Vorhandensein einer Intabulation (Hofd. v. 4. Juni 1819, Nr. 1567 J.-G.-S., §§. 4, 5 G.-B.-G.). Wo hingegen die Eintragungen in anderer (meist chronologischer) Ordnung, nicht nach Realfolien geschehen, werden die bezüglichen öffentlichen Register nach Verschiedenheit der Länder Intabulationsprotokolle[15]), Verfachbücher[16]), Notifiken-[17]), Hypothekenbücher[18]) u. s. w. genannt. Nach dem neuen G.-B.-G. dürfen

---

13) „Rubriken" werden sie z. B. im Hofd. v. 21. Juni 1805 Nr. 734, in der böhm. Landt.-Instruct. §. 24 und von Aussez Landtafel- u. G.-B.-O. §§. 20, 543 genannt; weniger passend spricht die ung. G.-B.-O. §§. 51—54 von einem Besitzstands-, Eigenthums- und Lastenblatt, und nennt, was man häufig mit dem Ausdruck „Folium" bezeichnet, eine „Einlage", §§. 44, 45. Diesem Sprachgebrauch folgt zum Theil auch Aussez Handb. über Tab.-Verf. §. 8, und das neue G.-B.-G. §. 2. — Ueber die Blätter der Eisenbahneinlagen s. Ges. v. 19. Mai 1874 Nr. 70, §§. 8, 17, 20, 46.

14) Nach §. 5 G.-B.-G. sind „in das Hauptbuch die wesentlichen Bestimmungen der bücherlichen Rechte einzutragen". Lassen dieselben eine kurze Fassung nicht zu, so ist eine Berufung auf die genau zu bezeichnenden Stellen der betreffenden Urkunde mit der Wirkung zulässig, als ob diese Stellen im Hauptbuche eingetragen wären.

15) So früher in einem Theile Siebenbürgens.

16) So in Tyrol. Sie sind lediglich Urkundenbücher, dienen aber nach der J.-M.-V. v. 22. April 1854 Nr. 101 R.-G.-B. nicht nur zur Erwerbung des Pfandrechts, sondern auch des Eigenthums an Grundstücken.

17) So in Istrien. Boschan G.-Z. 1859 Nr. 98, 99.

18) So in Dalmatien und im Krakauer Gebiet. Schuster in Petruska's Zeitschr. VI. Nr. 13, 14.

jedoch die Grundbücher nur nach Realfolien geführt werden[19]); wo dies bisher nicht der Fall war, dort tritt das G.-B.-G. erst in Wirksamkeit, wenn durch ein Landesgesetz Grundbücher neu errichtet werden, und zwar für jedes Grundbuch von dem Tage an, an welchem die Führung desselben beginnt (Art. II des Einf.-G. zum G.-B.-G.).

Oeffentlich heißen diese Bücher vor Allem darum, weil sie unter öffentlicher (amtlicher) Autorität geführt werden. Sie sind aber öffentlich auch in dem Sinne, daß es Jedermann frei steht, Einsicht von ihrem Inhalt zu nehmen und Abschriften sowohl von Eintragungen in das Hauptbuch (Tabularextracte, Grundbuchsauszüge), als von den bezüglichen Urkunden zu erheben (§. 7 G.-B.-G.). Darauf stützt sich der Satz, daß alles im öffentlichen Buche Eingetragene dergestalt als öffentlich bekannt gemacht anzusehen ist, daß sich Niemand mit dessen Unwissenheit entschuldigen kann (§. 443 b. G.-B.).[20]) Hieraus ergeben sich die wichtigen Consequenzen der §§. 468, 527, 928, 1398, 1443 b. G.-B.

Die Principien, auf denen das System der bücherlichen Rechte beruht, unterscheiden sich — auch abgesehen von der Eigenthümlichkeit der Erwerbsart — in wesentlichen Punkten von den analogen Grundsätzen der nicht bücherlichen Rechte, ja sie sind nicht einmal für Jeden die gleichen, indem sich die Wirkungen der erfolgten oder unterbliebenen bücherlichen Eintragung fast durchgängig nach dem guten oder bösen Glauben des Erwerbers richten, während dies bei nicht bücherlichen Rechten nur ausnahmsweise der Fall ist (vgl. §§. 367, 371, 456, 824, 1463 u. a.). Wer auf den Inhalt der öffentlichen Bücher vertraut, mag im Irrthum über einen aus denselben nicht ersichtlichen Sachverhalt sein, — sein guter Glaube schützt ihn vor dem Schaden, der denjenigen trifft, dem der Sachverhalt bekannt ist. So ist es ein Grundprincip der bücherlichen Rechte, daß Niemand im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher getäuscht werden soll. Man nennt es das Princip der publica fides, das Publicitätsprincip der öffentlichen Bücher.[21]) Dasselbe hat — so wird gelehrt — eine negative und eine positive Seite. Die erstere fordert, daß kein dingliches Recht an einem bücherlichen Object, und ebenso auch keine Beschränkung oder Erlöschung des eingetragenen Rechtes gegenüber demjenigen, der im Ver-

19) §§. 2, 3, 11 G.-B.-G. Dazu Bericht der Herrenhauscommission bei Kaserer Oestr. Gesetze mit Mat. XV. S. 168. Im Zusammenhange damit steht die Bestimmung, daß das Miteigenthum nur nach ideellen (nicht nach physisch abgegrenzten) Theilen eingetragen werden kann (§. 10 G.-B.-G.). Unter einem Grundbuchskörper versteht das Gesetz eben denjenigen, der Einem Eigenthümer oder einer Gemeinschaft gehört.

20) So auch bayr. Hyp.-Ges. v. 1. Juni 1822 §. 25, sächs. Hyp.-Ges. v. 6. Nov. 1843 §. 22.

21) Heyne Erörterungen aus dem Grundeigenthums- und Hypothekenrechte 1847 S. 48, Norddeutsche Justizzeitung 1869 Nr. 1 S. 8, Haan S. 65, 72—77, Gerber §. 131, Walter §. 141, Mittermaier §. 262, Brackenhoeft V. S. 377, Schuster in Petruska's Ztschr. VI. Nr. 13, 14, Exner Das Publicitätsprincip 1870 (dazu Harum G.-Z. 1871 Nr. 1, 2, Randa G.-Z. 1871 Nr. 36—44, Exner G.-Z. 1872 Nr. 8—10, Randa ebenda Nr. 33, 34, 35, Harrasowsky Ztschr. f. Notariat 1872 Nr. 47).

trauen auf den Grundbuchsstand handelt, anders entstehen kann, als durch die Eintragung in das öffentliche Buch. Die positive Seite des Princips hingegen fordert, daß Alles, was im öffentlichen Buche eingetragen ist, für den auf dasselbe Vertrauenden Wahrheit sei[22]), daß ihm also Mängel der Entstehung des bücherlichen Rechtes oder Erlöschungsthatsachen, die ihm unbekannt geblieben sind, nicht wirksam entgegengesetzt werden können.[23]) Eine Anwendung der negativen Seite enthält z. B. §. 1500 b. G.=B., wonach die Ersitzung eines dinglichen Rechtes an einer unbeweglichen Sache ohne bücherliche Eintragung desselben demjenigen gegenüber nicht wirkt, der im Vertrauen auf das öffentliche Buch handelt; eine Anwendung der positiven enthält z. B. §. 63 G.=B.=G., wonach eine ungiltige Einverleibung gegen denjenigen, der auf dieselbe (nach abgelaufener Recursfrist) eine weitere Einverleibung oder Vormerkung im guten Glauben erwirbt, nicht angefochten werden kann.[24])

---

22) So das bayr. und sächs. Hypoth.=Gesetz a. a. O. (Note 20), das würtembergische Pfandgesetz Art. 57, 74, das A. L.=R. I. 20, §§. 410, I. 10, §. 7—11. Muß man, um sagen zu können, man handle im Vertrauen auf das öffentliche Buch, nicht nur in gutem Glauben gehandelt haben, sondern auch auf Grund eines onerosen Titels? So bayr. Ges. §. 26, würtemb. Ges. Art. 88, Unger G.=Z. 1868 Nr. 25, Harum G.=Z. 1871 Nr. 2; dagegen Exner Publ.=Princip S. 62 fg.; vgl. auch Plenar=E. G.=Z. 1873 Nr. 26 [= Sammlung XI. Nr. 4880].

23) Ob und wieweit die sog. positive Seite des Publicitätsprincips im b. G.=B. Anerkennung gefunden habe, ist streitig. Vgl. Unger, Exner und Harum a. a. O., Krainz G.=Z. 1868 Nr. 98, Randa G.=Z. 1871 Nr. 38, 39. Kann insbesondere dem im Vertrauen auf das öffentliche Buch Handelnden zwar die Einrede des nicht entstandenen, nicht auch die Einrede des erloschenen oder beschränkten Rechtes entgegengesetzt werden (arg. §§. 1500, 1443, 469, 443 b. G.=B., Hofd. v. 8. Jänner 1795 Nr. 213; — §§. 1467, 1469, 1477)? Ueber den Fall, daß eine Umschreibung im Recurswege wieder aufgehoben wird, nachdem der Umschriebene weitere bücherliche Rechte eingeräumt hat, bezw. eine gelöschte Post im Recurswege wiederhergestellt wird, nachdem mittlerweile eine Umschreibung erfolgt oder eine neue Satzpost zugewachsen ist, vgl. Wehli G.=H. 1869 Nr. 12. Jedenfalls kann man nicht sagen, daß Jener, welcher vor eingetretener Rechtskraft auf den Grundbuchsstand vertraut und dadurch zu Schaden kömmt, durch das öffentliche Buch getäuscht werde, denn er muß die Möglichkeit einer Aenderung im Recurswege voraussehen. Doch wahren ausländische Gesetzgebungen auch in diesem Falle das Vertrauen in das öffentliche Buch; so das sächs. Hyp.=Ges. v. 1843 §. 23 Nr. 6 und die preuß. Hyp.=O. II. Titel §§. 285—288; vgl. Heyne Commentar S. 153, 154. — Löschung einer Satzpost auf Grund einer gefälschten Quittung; Wiederherstellung derselben im Klagewege: Entsch. G.=Z. 1871 Nr. 30 [= Schimkowsky III. Nr. 2], dagegen die Bemerkungen ebenda Nr. 43, Folieneröffnung für ein abgetrenntes Stück eines Grundbuchskörpers ohne vorläufige Abschreibung desselben (Peitler [1. Aufl.] Nr. 168). Unterlassung der Vornahme einer bewilligten Intabulation; Ansuchen um Vornahme derselben erst nachdem neue Schuldposten zugewachsen sind: Entsch. G.=Z. 1866 Nr. 21 [= Sammlung V. Nr. 2338]. Unterbrechung der Verjährung durch die im Vertrauen auf das öffentliche Buch erfolgende Erwerbung eines bücherlichen Rechtes: Unger II. S. 415 Note 15, S. 435 Note 42 a.

24) [So in der Sache ganz übereinstimmend das Manuscript und das Prager Collegienheft. Dem Manuscript liegt jedoch bei ein Blättchen (offenbar von jüngerem Datum), welches insoweit

Die herrschende Theorie will alle Eigenthümlichkeiten der bücherlichen Rechte aus dem Publicitätsprincip erklären, insbesondere auch den Satz, daß bücherliche Rechte nur durch Intabulation übertragen, belastet oder aufgehoben werden können (§§. 431, 444, 445, 451, 481 b. G.-B., §. 4 G.-B.-B.). Allein dieser Satz ist, da die Intabulation nur eine neuere Form der gerichtlichen Auflassung ist, älter als das Grundbuchsinstitut mit seiner publica fides selbst und er kann daher nicht als eine Wirkung derselben angesehen werden. Auch würde dem Publicitätsprincip vollkommen Genüge geleistet werden, wenn das Gesetz bestimmen würde, daß die Uebertragung, Belastung und Aufhebung bücherlicher Rechte nur gegenüber Jenen, welche im Vertrauen auf das öffentliche Buch handeln, der Intabulation bedürfe, die letztere aber allen Uebrigen gegenüber nicht entscheidend sei. Allein das Gesetz bestimmt ohne diese Unterscheidung, daß bücherliche Rechte immer, mag es sich um die Wahrung der Vertrauenswürdigkeit der öffentlichen Bücher handeln oder nicht, nur durch Intabulation übertragen (§§. 431, 445), belastet (§§. 451, 481, 1126, 443) und aufgehoben werden können (§§. 444, 445, 469, 1446); es kann also der Satz in dem erwähnten Umfange nicht als ein Ausfluß des Publicitätsprincips angesehen, er muß anderweitig erklärt werden. In der That erscheint der Bestand der bücherlichen Rechte in jeder Beziehung wesentlich an einen gewissen fortdauernden Zustand, an das Eingetragensein im öffentlichen Buche in ähnlicher Weise gebunden, wie etwa der Bestand einer Forderung aus einem Inhaberpapier an die Existenz des Papiers selbst; m. a. W. bücherliche Rechte sind, ähnlich den Forderungen aus Inhaberpapieren, gebundene Rechte[25]), und hieraus folgt von selbst, daß sie nur durch die Verknüpfung mit diesem Eingetragensein, durch Intabulation, übertragen und belastet, und nur durch Loslösung vom Eingetragensein, durch Extabulation, aufgehoben werden können. Damit aber ergibt sich, daß das, was man als negative Seite des Publicitätsprincips zu bezeichnen pflegt, nämlich der Satz, daß ohne Intabulation kein dingliches Recht an einem im öffentlichen Buche vorkommenden Grundstücke übertragen, belastet oder auf-

abweicht, als es besagt: Die negative Seite des Publ.-Princips findet ihren prägnanten Ausdruck im §. 443 b. G.-B.; die positive kommt im G.-B. nur in beschränkter Anwendung vor. Die Eintragung wirkt wie die Tradition nur unter der Voraussetzung des Vorhandenseins der übrigen materiellrechtlichen Erfordernisse, namentlich wenn der Auctor zur Einräumung des eingetragenen Rechtes berechtigt war und wenn das Geschäft, auf Grund dessen die Eintragung erfolgt (insbes. auch die Tabularurkunde), alle Erfordernisse eines Rechtsgeschäftes hat. Darum fordert das G.-B. bei mangelndem Rechte des Auctors noch die sog. Tabularersitzung (§. 1467); das G.-B.-G. sieht zwar in den meisten Fällen von dieser Nothwendigkeit ab, gestattet aber dennoch während einer kurzen Frist die Anfechtung des eingetragenen Rechtes durch denjenigen, der durch die Eintragung in seinen Rechten gekränkt ist (§. 61 fg.). Es ist daher sehr fraglich, ob mit dem Publicitätsprincip, das im östr. R. nicht nach allen Seiten durchgeführt ist, das System der bücherlichen Rechte aufgebaut werden kann.]

25) Krainz G.-Z. 1868 Nr. 95—100, Ausführungen I. S. 237.

gehoben werden kann, nicht ein Ausfluß des Publicitätsprincips der öffentlichen Bücher, sondern der Gebundenheit der bücherlichen Rechte ist, und daß das Publicitätsprincip nur in der sogenannten positiven Seite desselben seine Verkörperung findet. In Wahrheit bildet die Gebundenheit der bücherlichen Rechte das zweite, das System der bücherlichen Rechte beherrschende Princip.[26])

Die Intabulation zur Erwerbung des Eigenthums wird in der österreichischen Gerichtssprache häufig Gewähranschreibung genannt, und von dem Umschriebenen gesagt, daß er an der Gewähr sei. Diese Sprechweise steht im Zusammenhange mit der alten „Gewere", die man als Wirkung der gerichtlichen Auflassung bezeichnete[27]) und worunter man häufig, wenn auch mit Unrecht[28]), den Besitz verstand.[29]) Diese Anschauung mag eine mit dahin wirkende Ursache gewesen sein, daß die Verfasser des b. G.-B. die Intabulation für eine Besitzübertragung ansahen[30]) und sie darum eine Uebergabe nannten (M.-R. zu §. 431, §§. 1045, 1053, 1120, 1181 u. a.); darum sagten sie auch (§§. 321, 441), daß durch Intabulation „rechtmäßiger Besitz" und (§. 322) „Besitzrecht" erworben werde. Zu dieser Anschauung wurden die Verfasser des

---

26) Vereinigung der beiden Principien dahin, daß kraft des Princips der Gebundenheit auch der als Eigenthümer anzusehen wäre, der auf Grund einer Fälschung umschrieben wird (er ist kraft der Eintragung befugt, alle Klagrechte des Eigenthümers auszuüben, muß sich aber auch auf alle gegen ihn als Eigenthümer des Grundstückes gerichtete Klagen einlassen), daß aber kraft des Princips der Publicität, wer ein bücherliches Recht nicht im Vertrauen auf das öffentliche Buch mit Verletzung des materiellen Rechtes erworben hat, der Anfechtungsklage des Verletzten (die nicht eine Eigenthumsklage [Bähr Dogm. Jahrb. XI. S. 47], sondern eine persönliche Klage auf Rückübertragung des Eigenthums oder Entschädigung wäre) ausgesetzt wäre? So Stobbe Dogm. Jahrb. XII. S. 263 f.

27) Gerber §. 101, Mittermaier §. 163, Mascher S. 46.

28) Gerber §§. 72, 73.

29) Daß unter „Gewere" häufig der Besitz zu verstehen ist, wird auch von Gerber §. 72 Note 3, §. 73 Note 4 zugestanden; allein die Gewere als Wirkung der gerichtlichen Auflassung war nicht ein Besitz.

30) Die gleiche Anschauung auch bei Völderndorff Form der Rechtsgeschäfte S. 88, 90, 95, Mittermaier §. 161, III. u. A., weil man schon die gerichtliche Auflassung wegen ihrer den Wirkungen der römischen Tradition ähnlichen Wirkungen mit dieser in Parallele zu bringen suchte und sie darum (wie Walter §. 127, Phillips I. §. 15, Mascher S. 53 meinen) geradezu traditio nannte. Aber selbst wenn unter traditio nur die der Auflassung nachfolgende Besitzeinweisung zu verstehen ist, die Auflassung selbst aber investitura genannt wurde (Gerber §. 89, Mittermaier §. 160; vgl. auch Stubenrauch I. S. 818), so dachte man sich doch auch die Investitur als eine Art Besitzübertragung: II. feud. 2 pr. (investitura quidem proprie dicitur possessio ...). Der gerichtliche Act selbst wurde mit Beziehung auf die dabei gebrauchten Symbole traditio per festucam, per ramum, per andelangum u. s. w. genannt. Auch Gengler, welcher die drei Bestandtheile der gerichtlichen Auflassung (resignatio, confirmatio, traditio) mit der heutigen bücherlichen Eintragung in einen Causalzusammenhang zu bringen sucht, meint S. 219, die traditio repräsentire die heutige Intabulation. Die unklaren Anschauungen, welche über das Wesen des Besitzes von jeher bestanden und noch bestehen, haben eben hier großen Einfluß geübt.

G.=B. auch noch durch die Wahrnehmung veranlaßt, daß die publicianische Klage und der Eigenthumserwerb durch Ersitzung bei beweglichen Sachen rechtmäßigen Besitz, bei unbeweglichen bücherliches Eingetragensein voraussetze. Gewiß aber ist diese Anschauung verwerflich und irreführend[31]), denn dem Eingetragensein fehlt, abgesehen davon, daß die Begriffsbestimmung des Besitzes darauf nicht paßt, gerade die wesentlichste Wirkung des Besitzes, der Besitzesschutz. Es darf daher in allen jenen Fällen, wo von „bücherlichem Besitz", „Tabularbesitz" und „Tabularersitzung" gesprochen wird, nicht an den Besitz im technischen Sinne, sondern an das wesentlich davon verschiedene Eingetragensein und dessen eigenthümliche Wirkungen gedacht werden (vgl. Grundriß I. §§. 167, 168).

Dingliche Rechte an Immobilien sind nur insofern gebundene Rechte, als die betreffenden Grundstücke im öffentlichen Buche auch wirklich vorkommen. Wo das nicht der Fall ist, wird das Eigenthumsrecht an einem solchen Grundstücke nach den gewöhnlichen Grundsätzen, insbesondere also durch Tradition[32]) (Hofd. v. 13. Nov. 1812 Nr. 1013, 24. Octob. 1816 Nr. 1291 J.=G.=S.) und durch Ersitzung (§. 1468) übertragen.

Keinen Gegenstand des öffentlichen Buches bilden die unter den Begriff des „allgemeinen oder öffentlichen Gutes" (§. 287) fallenden Bodenbestandtheile, als Straßen[33]), Canäle u. s. w., daher im Falle der Expropriation von Privatgrundstücken zum Zwecke der Anlegung von Straßen u. dgl. lediglich eine Löschung derselben im öffentlichen Buche stattfindet[34]), nicht auch eine Umschreibung auf den Exproprianten. Die in das „Staatsvermögen" fallenden Grundstücke dagegen sind im Allgemeinen allerdings Gegenstände des Grundbuchs[35]), wiewohl die Ver-

31) Unger System II. §. 104 Note 108, 109, Randa Besitz §. 5 (darüber Arndts G.=Z. 1866 Nr. 80, 81, aus der krit. Vjschr. VIII. S. 378 fg. Hieher gehört S. 392, 393).

32) So auch alle Commentatoren und Entsch. G.=H. 1866 Nr. 2 [und Nr. 31; = Sammlung V. Nr. 2150 (sehr gekürzt)]. Darum gilt für solche Grundstücke auch §. 1430 b. G.=B. Entsch. G.=H. 1869 Nr. 2 [= Schimkowsky I. Nr. 43]. Nicht dagegen §. 1468 b. G.=B., der (arg. verb. „aus Gerichtsacten und anderen Urkunden zu erweisen ist") glauben machen könnte, es müsse eine schriftliche Urkunde die Uebertragung vermitteln. Allein der Paragraph spricht nur darum von diesen „Beweismitteln", weil er hervorheben will, daß die im w. g. G.=B. (III. §. 607) enthaltene Begünstigung, wonach Grundstücke, deren Erwerbung durch Gerichtsacten und andere Urkunden erweisbar ist, in zehn Jahren ersessen werden können, entfallen ist (Winiwarter III. S. 179, 180, Haan S. 33). Auch die weitere, auf diese Gesetzesstelle gestützte Meinung, daß mündliche Verträge über unbewegliche Güter ungiltig seien (Wildner Jurist XII. S. 131 fg., Stubenrauch I. S. 830) ist unrichtig; vgl. Lekisch Jurist XI. S. 6, Turnes ebda. XVIII. S. 321 fg.

33) Früher auch Eisenbahnen. Seit der Wirksamkeit des Gesetzes v. 19. Mai 1874 Nr. 70 R.=G.=B. sind Eisenbahnen, welche zum öffentlichen Verkehre bestimmt sind, Gegenstand der Eintragung in das Eisenbahnbuch.

34) Hofd. v. 8. Nov. 1842 Nr. 654, v. 18. Febr. 1847 Nr. 1036 J.=G.=S., Entsch. G.=H. 1869 Nr. 52 [= Schimkowsky I. Nr. 45].

35) Daher bestimmt Min.=V. v. 27. April 1859 Nr. 71 R.=G.=B., daß die in das Staatsvermögen übergehenden expropriirten Grundstücke auf den Namen des Aerars umschrieben werden müssen.

bücherung derjenigen unter ihnen, die noch in keinem öffentlichen Buche vorkommen, auch unterlassen werden kann.[36]) Ob Accessionen und Pertinenzen Gegenstand der Verbücherung seien[37]), darüber unten.

§. 221. Allgemeines über die Erfordernisse der Intabulation.

Es ist nach östr. Recht nicht hinreichend zum Eigenthumserwerb eines Tabulargrundstücks, daß man überhaupt als Eigenthümer intabulirt sei. Der Zustand, an welchen das bücherliche Eigenthum gebunden ist, ist vielmehr ein zusammengesetzter; m. a. W. nebst dem thatsächlichen Eingetragensein müssen auch noch gewisse Voraussetzungen vorliegen, welche dasselbe erst zu einem gesetzmäßigen machen. Diese Voraussetzungen sind:

1) ein Titel[1]), d. h. eine Thatsache, durch welche ein persönlicher Anspruch auf Ueberlassung des Eigenthums, wenn dieses dem Verpflichteten zusteht, begründet wird[2]);

2) das Eigenthum des Tabularauctors, d. i. desjenigen, von welchem man das Eigenthum mittelst der Umschreibung erlangen will.

Diese beiden Erfordernisse (sub 1 und 2) können auch durch einen gewissen Zeitablauf ersetzt werden[3]); endlich

3) muß der zum Zwecke der Eintragung gesetzlich vorgeschriebene ordnungsmäßige Vorgang beobachtet worden sein.

---

36) Darum bestimmt Hofd. v. 19. April 1842 Nr. 608 J.=G.=S., daß es der bücherlichen Eintragung der dem Staate gehörigen Inseln in schiffbaren Flüssen nicht bedürfe, und das böhm. Gub.=Circulare v. 14. Dec. 1843, daß Kreisamtsgebäude nur dann auf das Aerar umzuschreiben sind, wenn die Gebäude oder die Grundstücke, auf welchen sie stehen, bereits auf den Namen eines Anderen eingetragen wären.

37) Bei Eisenbahnen ist auch das zum Betrieb erforderliche Material von der die Einlage bildenden Einheit umfaßt. §. 5 d. Ges. v. 19. Mai 1874.

1) Der Ausdruck „Titel" hat eine sehr verschiedene Bedeutung (Unger II. S. 8—13); in der gewöhnlichen heutigen Sprechweise bezeichnet er den Entstehungsgrund eines Rechtes (causa); in diesem Sinne sagt man, das Eigenthum beruhe auf dem Titel der Occupation, der Tradition, der Titel der Forderung sei eine Schenkung, ein Delict u. dgl. (vgl. §. 1429 verb. „aus eben demselben Titel" und Unger S. 13 Note 41). Soweit aber das G.=B. einen Titel als wesentliches Erforderniß zum Erwerbe eines bücherlichen Rechtes bezeichnet, wird unter Titel entweder der persönliche Anspruch auf diese Erwerbung (§§. 449, 480), oder und zwar regelmäßig die diesen persönlichen Anspruch erzeugende juristische Thatsache verstanden (§. 316, 317, 320, 323, 381, 424, 435, 451, 1053, 1126, 1181, 1461). Unger billigt nur die erste, nicht auch die letzte Bedeutung von „Titel". (S. 12, 13, Note 41 a. E.).

2) §. 1461 b. G.=B. Den Titel hat also auch derjenige, welcher von dem Fälscher den auf Grund der Fälschung erworbenen „Tabularbesitz" an sich gebracht hat, sowie derjenige, welcher von dem unumschriebenen Besitzer eines Grundstückes den physischen Besitz (das sog. Kaufrecht) erworben hat, obwohl weder der eine noch der andere gegen den wirklichen Eigenthümer einen Anspruch auf Ueberlassung des Eigenthums hat; denn in beiden Fällen entsteht der letztere Anspruch sofort, sobald der Auctor auch das Eigenthumsrecht erworben hat.

3) In dem Falle des §. 63 G.=B.=G. wird das zweite Erforderniß (das Eigenthum des Auctors) auch durch bloße bona fides ersetzt.

Fehlt eines oder das andere dieser Erfordernisse, so ist das Eingetragensein nur ein factisches: es verschafft weder dem Eingetragenen das Eigenthumsrecht, noch ist es fähig, dem zuletzt gesetzmäßig Eingetragenen das Eigenthumsrecht zu entziehen[4]); doch vermag es allerdings auch in diesem unvollkommenen Zustande gewisse rechtliche Wirkungen hervorzubringen (unten), welche wegen ihrer Aehnlichkeit mit den Wirkungen des Besitzes die Verfasser des G.-B. veranlaßten, das factische Eingetragensein ebenfalls einen Besitz (bücherlichen, Tabularbesitz) zu nennen.

Die einzelnen Erfordernisse sind nun des Näheren zu erörtern.

§. 222. Die einzelnen Intabulationstitel.

Die Lehre vom titulus und modus acquirendi (Ausführungen I. §. 60) gehört zwar einem überwundenen Standpunkt der civilistischen Doctrin an; allein auf dem Gebiete der bücherlichen Rechte hat sie noch ihre volle Berechtigung[1]), indem die ohne Titel erfolgte Eintragung auf

---

4) Inwiefern beim Abgang des dritten Erfordernisses (ordnungsmäßiger Vorgang) insoweit eine Ausnahme Platz greift, als der ordnungswidrige Vorgang, wenn er nicht eine Nullität involvirt, durch die Unterlassung des Recurses einem ordnungsmäßigen gleichgesetzt wird — darüber unten.

1) Auch gemeinrechtliche Schriftsteller sprechen vom Titel im Gegensatz zur Eintragung als Erwerbungs- oder Erlöschungsart. Gerber §. 89 Note 13, §. 151, Windscheid §. 229, Heyne Comm. über das sächs. Hyp.-Ges. I. S. 50 fg.; sächs. Hyp.-Ges. v. 6. Nov. 1843 §§. 4, 50, 51 u. A. Vgl. sächs. b. G.-B. §. 276: „Das Eigenthum an Grundstücken wird durch Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch erworben . . . Die Eintragung setzt einen Rechtsgrund zur Eigenthumserwerbung voraus." Gleichwohl verwerfen diese Lehre Unger II. S. 8—13 (vgl. jedoch S. 13 Note 41 a. E.), Exner Pfandrechtspränotation S. 10, 11, Randa G.-Z. 1871 Nr. 44. Der Letztere führt aus, die Lehre vom Titel und Erwerbungsart sei hier gerade so irrig, wie bei Mobilien. Die Existenz eines Titels im Sinne der §§. 424, 425, 1461, d. i. eines Rechtsgrundes, welcher dem Erwerber einen obligatorischen Anspruch auf Abtretung des Eigenthums gewährt (causa im objectiven Sinne) sei keine nothwendige Voraussetzung des Eigenthumsüberganges durch Intabulation. „Dieser erfolgt, auch wenn ein giltiger Titel nicht vorhanden war, insofern nur beide Theile die Eigenthumsübertragung aus dem vermeintlichen Titel bezweckten. So namentlich in den Fällen, wenn das Rechtsgeschäft ungiltig (§. 879) oder anfechtbar (§. 970 fg.) oder unklagbar (§. 943) ist, oder wenn irrigerweise eine Verpflichtung zur Eigenthumsübertragung vorausgesetzt wurde (§. 1431 fg.) . . . Wurde also z. B. ein Grundstück auf Grund eines ungiltigen Vertrages bücherlich übertragen, so übergeht auf den Erwerber Eigenthum." „Die ungerechtfertigte Bereicherung kann nur im Wege der obligatorischen Klagen (Condictionen) wieder beseitiget werden (§§. 1174, 1435). Selbstverständlich beschränkt sich das Klagrecht auf die Person des Mitcontrahenten. Das inzwischen von diesem auf Dritte übertragene Eigenthum kann dadurch nicht berührt werden." Nicht entgegen sei §. 435 b. G.-B., der nur aus legislativ-politischen Gründen die Angabe des concret motivirten Willens verlange. „Dieser juristische Willensgrund (subj. causa) wird allerdings am einfachsten constatirt durch die Angabe des Rechtsgeschäftes, auf Grund dessen die Tradition erfolgte, d. i. des Titels (causa im objectiven Sinne). Und in diesem Sinne fordert auch das a. b. G.-B. in den §§. 424, 435 einen Titel der Eigenthumsübertragung. Allein jener Bestimmungsgrund des Willens (subj. causa) kann vorhanden sein, auch wenn das Rechtsgeschäft (der Titel) gar nicht

Verlangen des dadurch Verletzten als nichtig erklärt und wieder gelöscht werden muß (unten §. 223).

Den Titel bildet entweder ein Vertrag (z. B. ein Kauf), oder eine letztwillige Verfügung, oder ein richterlicher Ausspruch (z. B. im Falle einer gerichtlichen Theilung, einer Einantwortung jure crediti), nach Umständen eine Verfügung der Administrativbehörde (z. B. ein Expropriationserkenntniß)[2]), oder endlich eine Thatsache, mit welcher kraft Gesetzes der Anspruch auf Eigenthumserlangung verbunden ist (z. B. Erbgang ab intestato, Ersitzung, Verwirkung des Eigenthums wegen vorzeitiger Wiederverehelichung §. 121 b. G.-B., grundlose Bereicherung §§. 1431, 1435, 949, die Fälle der §§. 410 und 418 a. E. u. s. w.), §. 424 b. G.-B. Auch die (außerbücherliche) Ersitzung eines Tabulargrundstückes bildet also nur einen Titel[3]), daher §. 1498 anordnet, daß der Ersitzende nur berechtigt sei, auf Zuerkennung des Eigenthums und dessen Umschreibung auf seinen Namen zu dringen.[4]) Diese Ersitzung wird in 30 Jahren (§. 1468)[5]), gegen juristische Personen in 40 Jahren (§. 1472) vollendet, und auch an Familienfideicommiß-, Erbpacht- und Erbzinsgütern wird das freie Eigenthum nur durch einen vierzigjährigen, von allen mit diesen Gütern verbundenen Beschränkungen freien („freieigenthümlichen") Besitz erworben (§. 1474). Der zu dieser Ersitzung erforderliche Besitz muß zwar ein redlicher sein, braucht aber nicht auch ein rechtmäßiger zu sein (§. 1477). — Ebenso bildet nach dem Gesagten lediglich einen Titel auch der Erbgang[6]); der Erbe muß, um wirklicher Eigenthümer der Nachlaßgrundstücke zu werden, erst die Intabulation der gerichtlichen Verlaßeinantwortung bewirken (§§. 436, 819)[7]); so lange

existirt." „Nur die subjective causa ist ein Requisit des Eigenthumsüberganges, nicht auch die objective causa oder der sog. Titel", und so genügt schon das „vermeintliche Dasein" des Titels zur Eigenthumsübertragung. — Die Darstellung im Text, wo unter Titel nur die Thatsache verstanden wird, auf Grund deren der Eintragungswerber (mit Recht oder Unrecht) die Eintragung begehrt, wird von dieser Polemik nicht getroffen; sie richtet sich nur gegen meine Abhandlung über das leitende Princip der bücherlichen Rechte, wo unter Titel allerdings noch der Anspruch auf Einverleibung verstanden war.

2) So ausdrücklich das Hofd. vom 30. April 1841 Nr. 529 J.-G.-S. Vgl. Stubenrauch I. S. 824.

3) So auch Unger G.-Z. 1868 Nr. 26, Drbaci Ztschr. f. österr. R.-G. 1833 II. S. 232 fg., Pachmann Verj. S. 75, 118 und in Haimerl's Mag. VIII. S. 52 fg. Abweichend Stubenrauch III. S. 715, 716, 758.

4) Die meisten neueren Tabulargesetzgebungen des Auslandes lassen eine Ersitzung gegen den bücherlichen Eigenthümer nicht zu; so z. B. sächs. G.-B. §. 279, was auch Unger G.-Z. 1868 Nr. 26 billigt. Vgl. aber die beachtenswerthen Gründe, welche Wehli G.-H. 1869 Nr. 12 für die Beibehaltung dieser Ersitzung anführt.

5) Ohne Unterschied zwischen Anwesenheit und Abwesenheit. Die Abwesenheit hat Einfluß nur bei der dreijährigen Ersitzung, §. 1475.

6) Vgl. Unger G.-Z. 1868 Nr. 25.

7) Nach röm. Recht erwirbt der Erbe das Eigenthum der Nachlaßgrundstücke durch die Antretung der Erbschaft; an diesem Grundsatze wird in Deutschland auch dort festgehalten, wo das Grundbuchsinstitut recipirt ist (Gengler S. 219, Gerber §. 89 Note 13); ebenso in Frankreich trotz des Grundbuchsgesetzes vom 23. März 1855 (Krit. Ueberschau IV. S. 83, 84). Nach dem sächs. G.-B. §§. 277, 2286 bildet aber der Erbgang bei Grundstücken nur einen

dies nicht geschehen ist, gilt als Eigenthümer der Erblasser (§. 444). In gleicher Art müssen der Legatar[8]) und der Theilgenosse, dem ein Antheil adjudicirt ist[9]), sowie derjenige, dem Eigenthum durch richterliches Urtheil zugesprochen ist[10]), um wirkliche Eigenthümer zu werden, „die Einverleibung dieser Urkunden" erwirken. §§. 436, 437, 688, 846.

§. 223. Wesentlichkeit des Titels.

Fehlt es dem Eingetragenen an einem Titel ganz, wie z. B. wenn die Eintragung auf Grund einer gefälschten Urkunde oder eines nichtigen Rechtsgeschäftes[1]) vollzogen worden wäre, so ist die Intabulation nichtig, und der wahre Eigenthümer kann auf Löschung der gesetzwidrigen Eintragung klagen.[2]) Ist dagegen der Titel, auf Grund dessen die Eintragung erfolgte, nur anfechtbar[3]), so hindert dies zwar die Entstehung des Eigenthums zu Gunsten des Eingetragenen nicht, allein der Verletzte kann das Geschäft und damit das in Folge desselben übertragene Eigenthum anfechten und dessen Löschung verlangen.[4])

Gleichwohl kommen auch der ohne Titel erfolgten Eintragung gewisse Rechtswirkungen zu; vor Allem

1) Kann der Richter die nichtige Eintragung nicht von Amtswegen

---

Titel. — Unger Syst. I. S. 519 meint, das Eigenthum an den Nachlaßgrundstücken gehe schon durch die Erbsantretung auf den Erben über, nur sei es bis zur Einantwortung nicht absolut verfolgbar; Erbrecht S. 175 Anm. 20 sagt er, es sei bis dahin „ein dominium dormiens, ein in seiner praktischen Geltung und Realisirung noch gehemmtes Recht" und G.-Z. 1868 Nr. 25, der Erbe werde durch die Antretung materieller, durch die Umschreibung auch formeller Eigenthümer. Dagegen Krainz G.-Z. 1868 Nr. 98, wo nachgewiesen ist, daß vor der Umschreibung keinerlei Eigenthum des Erben besteht und ein Titel erst mit der Einantwortung vorliegt.

8) Nach röm. Recht erwirbt der Legatar die Vermächtnißforderung (dies legati cedit) in der Regel mit dem Tode des Erblassers und transmittirt dieses Recht auf seine Erben; das vermachte Recht (dies legati venit) ipso jure durch den Erbschaftserwerb (die Antretung) des Erben, oder wenn dieser ein suus ist, gleichfalls durch den Tod des Erblassers. Puchta §§. 539, 541, Keller §§. 572, 573.

9) Nach röm. Recht erwirbt dieser Eigenthum schon durch die Adjudication selbst.

10) Das „rechtskräftige Urtheil" scheint im §. 436 darum besonders genannt zu sein, um hervorzuheben, daß die gerichtliche Zuerkennung des Eigenthums nicht schon die Stelle der Intabulation vertritt, sondern nur den vorhandenen Titel über allen Zweifel erhebt. — Nach altem deutschem Recht war im Falle gerichtlicher Zuerkennung besondere gerichtliche Auflassung nicht mehr nothwendig, weil diese nur den Schutz des Gerichtes für das neue Verhältniß anstrebte, welcher hier ohnedies gegeben war.

1) Z. B. eines bereits wieder aufgehobenen Testamentes.

2) So schon das böhm. Landtafelpat. v. 1794 §§. 1, 32, 33 und Hofd. v. 29. Aug. 1818 §. 4; jetzt G.-B.-G. §. 61 fg. Vgl. sächs. G.-B. §. 278, Unger G.-Z. 1868 Nr. 26. Auch die Germanisten erkennen an, daß durch die bücherliche Eintragung die Mängel nicht behoben werden, an denen die vorausgehenden Geschäfte, auf denen die Eintragung beruht, leiden. Gerber §. 89 Note 14, Mittermaier §. 161 III. u. A.

3) Z. B. in den Fällen der §§. 923, 934, 949 b. G.-B.

4) Unger G.-Z. 1868 Nr. 26, G.-B.-G. §. 62.

als nichtig behandeln; er muß daher die sich auf dieselbe stützenden weiteren Eintragungsbegehren ohne weiteres so bewilligen, als wäre die nichtige Eintragung giltig, und dem wirklichen Eigenthümer fehlt gleichzeitig die Möglichkeit, seinerseits solche weitere Eintragungen zu gewähren (§. 432);

2) der Eigenthümer, welcher die Löschung begehrt, muß den Beweis der Ungiltigkeit führen; er kann nicht, wie nach den älteren Tabulargesetzen[5]), dem Intabulirten die Beweislast zuschieben (§. 15 des böhm. Landt.-Pat. v. 1794, §§. 323, 324 b. G.-B., Hofd. v. 10. April 1813 Nr. 1037 J.-G.-S.).[6])

3) Die nichtige Eintragung kann nach §. 62 G.-B.-G.[7]) durch Verjährung der Löschungsklage zu einer giltigen und somit aus ihr allerdings ein Eigenthumserwerb erwachsen.

Eben wegen dieser Wirkungen, welche mit jenen des Besitzes ähnlich sind, wird das factische Eingetragensein im G.-B. ein „Besitz" genannt. Die Bestimmung des §. 350 b. G.-B., wonach der Besitz an unbeweglichen Sachen nur durch die Löschung im öffentlichen Buche aufgehoben

---

5) Die östr. Gesetzgebung hat in dieser Beziehung sehr geschwankt. Nach der verneuerten L.-O. für Böhmen v. 1627 mußte von dem Bestreitenden der Widerspruch (odpor) binnen drei Jahren und 18 Wochen in der Landtafel per juxtam eingetragen und binnen der gleichen Frist im Klagwege ausgeführt werden, worauf es dem Intabulirten freistand, den Odporanten zur Anbringung seiner Klage aufzufordern; darüber war dann so zu verfahren, wie derzeit im Falle der Aufforderung wegen Berühmung (Haan S. 9, 10); ebenso spricht auch noch das Landtafelpatent für Kärnthen v. 1746 von der Berechtigung, seinen Widerspruch vormerken zu lassen, und schiebt die Beweislast dem Bestreitenden zu. Dagegen macht das L.-T.-Pat. für Niederösterreich v. 1758 von dieser Regel rücksichtlich der ohne Bewilligung des Schuldners erfolgten Eintragungen die Ausnahme, daß deren Liquidität durch einen binnen drei Jahren und 18 Wochen vorgemerkten Widerspruch aufgehoben werde, die Beweislast damit dem Intabulirten zuschiebend. Das Landtafelpatent für Galizien von 1780 dehnte diese Ausnahme auf alle Intabulationen aus, und die Landt.-Pat. für Breisgau (1783) und das Innviertel (1791) und das Grundb.-Pat. für Oberösterreich (1792) bestimmten, daß auch ohne Einverleibung des Widerspruchs der Schuldner das Recht habe, den Gläubiger durch drei Jahre und 18 Wochen zur Erweisung der ohne des ersteren Zustimmung intabulirten Forderung aufzufordern. (Ueber das böhm. Landt.-Pat. s. die folgende Note.) Im westgal. G.-B. III. §§. 175—177 wurde binnen der Einredefrist die Einverleibung des Widerspruchs und die Aufforderung zur Erweisung des intabulirten Rechtes, zugleich aber durch drei Jahre das Recht zur klagweisen Bestreitung zugelassen. Haan S. 64 fg. In Tyrol besteht noch immer diese Regelung der Beweislast.

6) Das böhm. Landt.-Pat. v. 1794 §. 15 bestimmt, daß ein landtäflicher Besitzer oder Gläubiger zum Beweise seines durch die Landtafel erworbenen Rechtes nicht aufgefordert werden kann, und weist im §. 32 unter gleichzeitiger Aufhebung des Odporprocesses den Gegner an, binnen drei Jahren und 18 Wochen auf Löschung zu klagen. Zu dieser Regelung der Beweislast kehrte auch das b. G.-B. §. 323 f. zurück. — Der Pränotant dagegen kann allerdings aufgefordert werden. Hofd. v. 20. Juni 1818 Nr. 1468 J.-G.-S.

7) Das b. G.-B. kannte als verwandtes Institut die Tabularersitzung, §. 1467.

wird, will nur besagen, daß mit der erfolgten bücherlichen Löschung die oben angeführten Wirkungen des bücherlichen Eingetragenseins entfallen.[8])

Die Dauer der Löschungsklage ist, insofern es sich um Rechte des Eingetragenen (nicht Dritter)[9]) handelt, nach den Grundsätzen über die Verjährung (nicht wie nach dem früheren Recht nach denen von der Tabularersitzung) zu beurtheilen, §. 62 G.=B.=G.[10])

Damit aber im Laufe des Löschungsprocesses nicht neue Intabulationen hinzuwachsen, gegen welche mit neuen Klagen und häufig vergebens[11]) angekämpft werden müßte, wurde das Institut der Streitanmerkung eingeführt: Der Kläger kann seine Klage bei der bestrittenen Intabulation bücherlich anmerken (annotiren) lassen; siegt er dann in diesem Proceß, so müssen auf Grund dieses Urtheils nicht nur die bestrittene Intabulation, sondern auch alle nach erfolgter Streitanmerkung angesuchten auf sie gestützten weiteren Intabulationen gelöscht werden.[12]) Hofd. v. 29. August 1818 Nr. 1488, J.=G.=S. §. 4; v. 27. März 1846

---

8) Außerdem besagt der Paragraph noch (unten), daß mit der bücherlichen Löschung auch die publicianische Klage entfalle. Randa Besitz §. 5 und Unger G.=Z. 1868 Nr. 25 sprechen dem Paragraph jede irgendwie; erwähnenswerthe Bedeutung ab.

9) Ueber die Zulässigkeit der Löschungsklage gegen dritte Personen unten.

10) Dies ergibt sich daraus, daß in den §. 62 cit. der Ausdruck „Verjährung" besonders aufgenommen wurde, — ein starkes Argument für die Behauptung im Text, weil der Paragraph im Uebrigen fast wörtlich übereinstimmt mit §. 149 ung. G.=B.=O. (Neu ist in demselben auch der Satz: „oder wenn sich die Klage ... obwalten"; er dürfte sich auf die Anfechtbarkeitsverhältnisse beziehen. Nach Kaserer G.=Z. 1871 Nr. 96 bezieht sich die Stelle auf den Fall, wenn das durch die ungiltige Einverleibung erlangte oder hiedurch von einer Last befreite Recht durch Erbgang oder Schenkung auf einen Anderen übergeht.) Diese Verjährungszeit wird z. B. eine dreijährige sein, wenn die Umschreibung auf Grund eines nichtigen Testamentes oder eines wegen Verletzung über die Hälfte anfechtbaren Vertrages oder wegen Undankes des Beschenkten angefochten wird (§. 1487), — regelmäßig ist aber die Verjährungszeit eine 30jährige, daher auch z. B. im Falle einer Fälschung. Redlichkeit oder Unredlichkeit des Beklagten ist hier ganz gleichgiltig.

11) Schon nach dem Rechte des b. G.=B. vergebens, wenn die Intabulation auf das bestrittene Recht nach Ablauf von drei (resp. sechs) Jahren nach der Einverleibung des letzteren und bona fide erfolgte.

12) Vgl. Wehli G.=H. 1869 Nr. 10. Wenn der Nachweis nicht vorliegt, daß das mit der Klage begehrte Gut einen Theil des im öffentlichen Buche eingetragenen bildet, ist die Streitanmerkung nicht zulässig. Pl.=Entsch. G.=H. 1871 Nr. 33 [fehlt in den Sammlungen]. — Wer gegen den bestrittenen Eigenthümer ein bücherliches Pfandrecht erwirkt hat (nach der Streitanmerkung) ist berechtigt, auf Grund dieses (wiewohl eventuell zu löschenden) Pfandrechtes das Grundstück selbst in Execution zu ziehen und selbst gerichtlich feilbieten zu lassen. Die allfällige Löschung des Pfandrechtes trifft dann den Ersteher und es muß daher das Erforderliche in die Feilbietungsbedingnisse aufgenommen werden. Entsch. G.=H. 1869 Nr. 77 [=Sammlung VII. Nr. 3490].

Nr. 951[13]), G.-B.-G. §§. 61, 65.[14]) Mit ähnlicher Wirkung kann auch eine Strafanzeige annotirt werden, §. 66 G.-B.-G.[15])

Fehlt es dem Eingetragenen an einem Titel nicht ganz, sondern ist derselbe nur ein **bedingter** oder **betagter**, so wirkt dies auch auf das auf Grund eines solchen Titels erworbene bücherliche Recht; es entsteht also im ersten Falle ein von der Erfüllung der Bedingung abhängiges Eigenthumsrecht[16]), im zweiten Falle ein betagtes Eigenthum, welches nicht schon von der Intabulation an, sondern erst von dem Eintritt des dies an zu bestehen anfängt.[17]) Von gleicher Natur sind auch die auf ein

---

13) Das erste dieser beiden Hofd. spricht von der Streitanmerkung nur in dem Falle, wenn die **Giltigkeit** einer intabulirten Urkunde bestritten wird; es ist nur eine Verbesserung der in den §§. 32, 33 böhm. L.-T.-Pat. und §§. 25, 26, 51 Landtafelinstruct. nur dann als zulässig erklärten Streitanmerkung, wenn nach dem 30. Hptst. der A. G.-O. die erforderliche Caution geleistet wird; das zweite Hofd. dehnt die Streitanmerkung auch auf den Fall aus, wenn auf **Löschung** einer ursprünglich giltig eingetragenen Urkunde z. B. einer Hypothekarschuld, wegen deren erfolgter Bezahlung geklagt wird. Ob die Streitanmerkung auch zulässig sei, wenn blos auf **Ueberlassung** eines bücherlichen Rechtes geklagt wird — darüber unten (§. 227 Note 62 fg.). — In Preußen, Bayern, Sachsen, Würtemberg, Weimar entspricht unserer Streitanmerkung die protestatio (Verwahrung) pro conservando jure, worunter aber auch unsere Eigenthumspränotation fällt (sächs. Hyp.-Ges. §§. 24, 25), während die Pfandrechtspränotation in Bayern und Sachsen Vormerkung genannt wird (sächs. Hyp.-Ges. §. 51), dabei aber eine Species der Protestationen (prot. pro conservando jure et loco) bildet (**Heyne** Comm. I. S. 27). Verschieden davon ist in Preußen die prot. de non amplius intabulando, die nur ein die Veräußerung und Belastung hindernder Arrestschlag ist und daher nur bei nachweislicher Gefahr bewilligt wird (ebenso sächs. Hyp.-Ges. §. 148); die prot. de non disponendo und de non intabulando kennt nur das preuß. Recht. Vgl. **Heyne** Comm. I. S. 162, **Grävell** Syst. Entw. der Theorie der hypoth. Protest. nach preuß. Recht, 1815. Ueber Protest überhaupt **Heyne** a. a. O. I. S. 26—28, 155—163, II. S. 57—74, Erörterungen S. 48—81, **Brackenhoeft** Rechtslex. V. S. 405—408, **Haan** Landtafelwesen S. 179—185, **Exner** Pfandrechtspränot. S. 25.

14) Auch wenn die Eintragung blos anfechtbar ist, ist die Streitanmerkung zulässig, wie z. B. wenn der durch eine Schenkung verkürzte Gläubiger die letztere nach §. 953 anficht (Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 37 [Nicht enthalten in den Sammlungen]). — Die Klage wegen Unaufkündbarkeit eines Darlehens kann nicht angemerkt werden (Entsch. G.-Z. 1865 Nr. 31 [= Sammlung V. Nr. 2082]). Auch kann der Beklagte seine Ungiltigkeitseinwendung nicht anmerken lassen (Entsch. G.-H. 1866 Nr. 20 [Nicht in den Sammlungen]). Die Bewilligung steht den Erkenntnißgerichten zu (Pl.-Entsch. G.-H. 1866 Nr. 26 [= Sammlung V. Nr. 2195]).

15) Die Annotation der Strafanzeige nach §. 66 cit. steht nur demjenigen zu, der durch die Einverleibung in seinem bücherlichen Rechte verletzt erscheint, nicht aber auch einem Dritten, dessen Interesse hiebei bedroht sein mag (z. B. einem Gläubiger, dem die Möglichkeit der Sicherstellung durch den Verkauf des Gutes durch den Schuldner benommen wird. Spr.-Rep. Nr. 16 = G.-Z. 1872 Nr. 94 [= Sammlung X. Nr. 4685]).

16) Mit rückwirkender Kraft der Erfüllung wie der Vereitelung der Bedingung.

17) Ein solcher Fall wäre die Umschreibung auf Grund von Ehepacten vor der Trauung, welche in Entsch. G.-H. 1868 Nr. 80 [Nicht in den Sammlungen] für zulässig erklärt ist. Mit Unrecht hält sie für unzulässig **Kubasta** in der Ztschr. f. östr. R.-G. 1841 I. S. 382—386.

solches bedingtes oder betagtes Eigenthum sich gründenden weiteren bücherlichen Rechte; wird die Bedingung vereitelt, so sind mit dem bedingten Eigenthum auch die weiteren darauf sich stützenden bücherlichen Rechte zu löschen. Bei bedingter Eintragung kann auch der bisherige Eigenthümer noch weitere bücherliche Rechte gewähren, welche aber ebenso bedingt sind, wie jene, welche der bedingt Eingetragene gewährt, und der Ausfall der Bedingung entscheidet, ob die einen oder die anderen aufrecht zu erhalten und bezw. zu löschen sind.[18]) Bei betagter Eintragung entfällt hingegen für den bisherigen Eigenthümer die Möglichkeit der Gewährung anderer als nur zeitlicher bücherlicher Rechte, weil sonst das künftige Eigenthum des betagt Eingetragenen verletzt werden würde (vgl. §. 1236 b. G.-B.).

§. 224. Die Wirkungen des bloßen Titels.

Der Titel begründet einen persönlichen Anspruch auf Ueberlassung des Eigenthums (oben §. 221), einerseits also auf Gestattung der Umschreibung, andererseits auf Ueberlassung des Besitzes des Grundstücks. Ist der Auctor nur Tabularbesitzer, nicht auch Eigenthümer, dann geht der Anspruch nur auf ersteres; ist er nur physischer Besitzer, nur auf letzteres.[1])

Vor Allem also ist der Anspruch auf Umschreibung eine bloße Forderung. Steht ein solcher Anspruch Mehreren zu, z. B. wenn der Eigenthümer das Grundstück an zwei verschiedene Personen unabhängig von einander veräußert hätte, so wird darum, weil dieser Anspruch nur eine Forderung ist, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Veräußerung derjenige Eigenthümer, welcher als solcher eingetragen worden ist. Um jedoch alle Parteilichkeit hintanzuhalten, ist bestimmt, daß die auf dasselbe Grundstück sich beziehenden Intabulationsgesuche nach der Reihenfolge ihres Anbringens erledigt werden sollen[2]), was sich mit Hinsicht auf den

18) Dafür spricht die Analogie des Vorganges bei der Eigenthumspränotation und bei der Streitanmerkung.

1) Eigentlich geht der Anspruch auch in diesen Fällen auf beides, nur ist er vorläufig in der einen Beziehung in seiner Wirksamkeit gehemmt. Es ergibt sich dies daraus, daß, wenn der physische Besitzer nachträglich auch den Tabularbesitz oder der Tabularbesitzer nachträglich den physischen Besitz erlangt, der Anspruch sich sofort auf beides richtet.

2) Pat. v. 12. Decbr. 1785 Nr. 503 J.-G.-S., böhm. Landtafelpat. §. 16. G.-B.-G. §. 29. Diese Gesetze, sowie das Pat. v. 3. Mai 1853 Nr. 81 R.-G.-B. §. 118 enthalten auch Bestimmungen über den Vorgang, der einzuhalten ist, wenn Gesuche, die sich auf denselben Grundbuchskörper oder auf dieselbe Tabularpost beziehen, gleichzeitig einlangen. Ueber die schwierigen Fälle, die sich da ergeben können, vgl. besonders Turnes Ztschr. f. östr. R.-G. 1839 II. S. 252 fg., Aussez Tab.-Verf. §. 95. — Muß das Intabulationsgesuch bei einem anderen als dem Tabulargericht überreicht werden (z. B. auf Grund eines Urtheils beim Erkenntnißrichter, auf Grund einer Einantwortungsurkunde bei der Verlaßbehörde), so richtet sich die Priorität nach dem Zeitpunkte des Einlangens beim Tabulargericht (Landtafelpat. v. 1794 §. 16, Hofd. v. 24. Juni 1839 Nr. 366, 10. März 1840 Nr. 415 J.-G.-S. Aussez a. a. O. §. 93). Die Priorität des Ansuchens ist selbst dann entscheidend, wenn ein später überreichtes Gesuch vor dem früher überreichten eingetragen worden wäre. Aussez Landtafel- u. Grundb.-O. §. 217.

vorliegenden Fall zu der Regel gestaltet, daß unter den mehreren Eigenthumswerbern derjenige Eigenthümer wird, welcher zuerst um die Umschreibung ordnungsmäßig angesucht hat (§. 440); der spätere ist mit seinem Gesuche abzuweisen.

Der Umschreibungsanspruch äußert seine Wirkung nur gegen den bestimmten Verpflichteten (z. B. den Verkäufer) und seinen Erben, nicht auch gegen den Singularnachfolger (§. 443 a. E.); in dem eben erwähnten Falle der Doppelveräußerung kann daher der frühere Käufer des Grundstücks gegen den späteren, der ihm mit der Umschreibung zuvorgekommen ist, keinen Anspruch auf Ueberlassung des Eigenthums erheben[3]), sondern kann sich lediglich an den wortbrüchigen Verkäufer halten (vgl. §. 430).[4])[5])

Von dieser Regel tritt jedoch eine Ausnahme[6]) dann ein, wenn der frühere Erwerber auch schon Besitzer geworden ist, und der spätere entweder einen lucrativen Titel für sich hat, oder von dem Besitzerwerbe des früheren Kenntniß hatte; in diesem Falle kann der ältere Umschreibungsanspruch auch gegen diesen späteren Erwerber, also gegen den Singularsuccessor des ursprünglich Verpflichteten geltend gemacht, und von ihm die Ueberlassung des Eigenthums verlangt werden. Nur ist immer vorauszusetzen, daß die concurrirenden Titel auf Singularnachfolge abzielen. Concurrirt ein Titel aus dem Erbgange mit einem Titel aus einer anderen Thatsache, so steht immer der erstere nach. Darum kann auf Grund eines gegen den Erblasser erworbenen (vom Erbgange verschiedenen) Titels die Umschreibung oder eine sonstige Intabulation nicht nur so lange gefordert werden, als der Erblasser, sondern auch so lange der Erbe als Eigenthümer eingetragen erscheint (§. 20 böhm. Landt.-Pat., vgl. §. 72 ung. G.-B.-O.).[7])

---

3) Entsch. G.-Z. 1870 Nr. 31, 1873 Nr. 91 [= Sammlung VIII. Nr. 3717, XI. Nr. 5114 = Spr.-Rep. Nr. 59].

4) Der frühere Käufer hat gegen den späteren einen Schadenersatzanspruch selbst dann nicht, wenn der letztere den Tabularauctor zu der Doppelveräußerung verleitet hätte, da ein obligatorisches Verhältniß nur den bestimmten Schuldner bindet, und ein Dritter daher zu einem diesem Verhältniß entsprechenden Verhalten nicht verpflichtet ist (§. 1301 b. G.-B. bezieht sich eben nur auf Delicte). In Pettau kam ein solcher Fall vor: A hatte sein Haus an B verkauft und von diesem eine Darangabe von 500 fl. erhalten; hierauf verkaufte er das Haus an C, der ihn durch Anbot eines höheren Kaufpreises zu dem Vertragsbruch verleitete. Da C mit der Umschreibung zuvorkam, wurde der gegen ihn klagende B abgewiesen.

5) Nach dem G.-B.-G. kann jedoch die Anmerkung der Rangordnung die Sachlage zu einer anderen machen. Der Eigenthümer ist nämlich berechtigt, die Anmerkung zu verlangen, daß er seine Liegenschaft veräußern wolle (§. 53). Wird um die Umschreibung oder Pränotation binnen 60 Tagen vom Tage der Bewilligung der Anmerkung eingeschritten, so kommt ihr die Rangordnung der Anmerkung zu (§§. 55, 56), und die späteren Eintragungen sind zu löschen (§. 57).

6) Diese Ausnahme gehört zur Lehre von den Wirkungen des Titels nach erfolgter Besitzerlangung. Hier ist daher auf sie nur aufmerksam zu machen. Der Beweis ist geführt unten nach Note 17 fg.

7) Es bedarf also auch nicht der vorläufigen Umschreibung des Erben, wenn ihm auch das Gut eingeantwortet worden wäre. Unhaltbar ist die Behauptung des Ungenannten [W.] (G.-Z. 1860 Nr. 137), daß die vorläufige Umschreibung des Erben dann nothwendig sei, wenn das Grundstück in die Verlaß-

Auch der weitere, aus dem Eigenthumstitel hervorgehende Anspruch auf Besitzeinräumung ist eine bloße Forderung; unter mehreren, denen dieser Anspruch zusteht, wird daher derjenige Besitzer, dem zuerst tradirt worden ist, mag auch sein Titel der jüngere sein. Einen Anspruch auf Herausgabe des Besitzes hat der eine Titelberechtigte gegen den anderen nicht; inwiefern ein solcher Anspruch demjenigen zukommt, der auch schon die Umschreibung erwirkt hat, darüber siehe unten.

Nach erfolgter Uebergabe des Grundstücks an den (umschriebenen oder auch) noch nicht umschriebenen Erwerber erlangt der Titel eine gesteigerte Wirkung. Mit der Uebergabe ist nämlich nach östr. Recht im Zweifel der Uebergang des sog. commodum et periculum rei venditae verbunden, d. h. dem Uebernehmer gebühren von da an die Nutzungen, wogegen er aber auch die Lasten und die Gefahr der Sache zu tragen hat (§§. 1048—1051, 1064 b. G.-B.); er darf den Besitz ausüben und somit auch mit der Substanz der Sache wie ein Eigenthümer verfügen; mit andern Worten der eigentliche materielle Gehalt des Eigenthums geht auf den neuen Erwerber schon mit der Tradition und im Zweifel nur mit der Tradition, nicht mit der Umschreibung über.[8]) Das erklärt sich daraus, daß das Recht auf die Benutzung, und die Berechtigung, die Substanz anzugreifen, auch durch obligatorische Geschäfte an einen Anderen übertragen werden kann, wovon Pacht und Miethe augenscheinliche Beispiele sind; eine solche rein obligatorische Berechtigung liegt auch in jedem Eigenthumstitel, welcher seine Realisirung (gerade wie Pacht und Miethe) erst mit der erfolgten Uebergabe findet; es muß also auch die mit der Tradition des veräußerten Grundstücks ins Leben tretende ausgedehnte Berechtigung des Erwerbers (so gut, wie jene des Pachters oder Miethers) nicht so sehr als Wirkung der Tradition, als vielmehr des Eigenthumstitels angesehen werden, da schon mit dessen Existenz der bisherige Eigenthümer die Verpflichtung übernimmt, dem mit dem Titel Versehenen die materielle Verfügung mit der veräußerten Sache[9]) von einem bestimmten künftigen Zeitpunkte an zu überlassen, und dieser Zeitpunkt im Zweifel der der Tradition ist. Diese Berechtigung des Ueber-

---

abhandlung einbezogen ist, und nur dann, wenn dies nicht der Fall sei, die Umschreibung auf Grund einer von der Abhandlungsbehörde bestätigten Umschreibungsbewilligung des Erben erfolgen könne. — Ueber den Fall, daß ein executiv veräußertes Gut von dem Executen vor der Umschreibung an einen Dritten veräußert werden sollte, vgl. jetzt G.-B.-G. §. 72. — Veräußerung eines expropriirten Grundstückes durch den Expropriaten an einen Dritten.

8) Darum ist gegen den noch nicht umschriebenen Käufer eines Grundstücks gleich nach der Uebergabe die executive Sequestration auf die Früchte desselben zulässig. Entsch. G.-H. 1867 Nr. 31 [= Sammlung V. Nr. 2508].

9) Kurz: den Besitz. Dadurch erklärt sich die Berechtigung des Erwerbers, sogar mit der Substanz zu verfügen. Insoweit ist nach östr. R. das commodum rei vend. ausgedehnter, als nach römischem, nach welchem dieses commodum an den Erwerber zwar im Zweifel schon mit dem abgeschlossenen Vertrage, also vor der Tradition, übergeht, sich aber nicht sofort auch auf die Substanz bezieht, weil man mit dieser so lange nicht verfügen kann, als man die Sache nicht hat.

nehmers bleibt aber, so lange er nicht umschrieben ist, immer nur obligatorischer Natur, wie jene des Pachters oder Miethers[10]); es ist daher ganz unbegründet, ihm ein materielles (oder naturales) Eigenthum zuzuschreiben.[11]) Auch die in manchen ausländischen Gesetzgebungen vertretene Anschauung, wonach der Uebernehmer im Verhältniß zum bisherigen Eigenthümer schon von der Tradition an, im Verhältniß zu Dritten aber erst mit der Umschreibung als Eigenthümer zu betrachten wäre, und sonach die Intabulation nur im Verhältniß zu Dritten ein Eigenthumserwerbsact sein soll[12]), ist, obwohl diese Anschauung auch bei uns viele Anhänger zählt[13]), gegenüber den klaren Aussprüchen des Gesetzes (§§. 431, 444, 445 b. G.-B.) entschieden zu verwerfen.[14])

Die, wie hienach erwiesen ist, nur obligatorische, auf Gestattung der Besitzausübung gerichtete Berechtigung des zwar noch nicht umschriebenen, aber in den Besitz gesetzten Erwerbers wird insbesondere bedeutungsvoll, wenn er von dem bisherigen Eigenthümer oder dessen Erben mit der Eigenthumsklage auf Herausgabe des Grundstückes belangt wird; er kann nämlich in diesem Falle der Klage diese seine Berechtigung als Exception (exc. rei vend. et traditae)[15]) entgegenstellen. Fraglich aber ist es, ob er diese Exception auch dem Singularnachfolger des ursprünglich Verpflichteten entgegenstellen könne.[16]) Wer davon ausgeht, daß die Exception aus einem durch die Tradition entstandenen naturalen Eigenthum (das ja auch dingliches Recht sein müßte) hervorgehe, wird geneigt sein müssen, sie auch gegen den Singularsuccessor zuzulassen.[17]) In der That aber ist

10) Vgl. Krainz G.-Z. 1868 Nr. 98, 99.

11) So Unger G.-Z. 1868 Nr. 25, 26 in Anlehnung an das bonitarische Eigenthum der Römer. Dagegen aber G.-B.-G. §. 4: „nur durch die Eintragung . ."

12) Sie ist durchgeführt im A. L.-R. I. 10, §. 1—20, im bayer. Hyp.-Ges. v. 1822, im würtemb. Pfandgesetz (Gerber §. 89, Walter §. 128, Gengler S. 221, Völderndorff Form der Rechtsgeschäfte S. 92—95, Göppert krit. Vjschr. VII. S. 438); ebenso im französ. Gesetze v. 23. März 1855.

13) Sie kann als die in Theorie (z. B. Winiwarter II. S. 35, IV. S. 256, 339, Aussez Landtafel- und G.-B.-O. S. 42 Note *) und Praxis (z. B. Motivirung der Entsch. III. Instanz G.-H. 1862 Nr. 52 [= Sammlung IV. Nr. 1550] herrschende bezeichnet werden.

14) Sie würde z. B. zu dem absurden Ergebniß führen, daß der Verkäufer gegen den noch nicht umschriebenen Käufer Execution auf das verkaufte Grundstück führen oder sich an demselben ein Pfandrecht bestellen lassen könnte (s. dagegen Petruska in seiner Zeitschrift I. Nr. 31), während umgekehrt der Dritte, welcher Gläubiger des Käufers ist, das Gut nicht einmal sequestriren lassen dürfte (vgl. dagegen die Entsch. G.-H. 1867 Nr. 31 [oben Note 8 a. E.]).

15) Walter §. 127, Arndts Krit. Ueberschau V. S. 93—100, Seuffert Arch. VI. 145, Unger G.-Z. 1868 Nr. 26, Entsch. G.-H. 1862 Nr. 52, 1868 Nr. 54, 1870 Nr. 63 [= Sammlung IV. Nr. 1550, VI. Nr. 3032, VIII. Nr. 3810].

16) Z. B. A schenkt sein Grundstück dem B und läßt diesen auch umschreiben; später verkauft A dasselbe an C und tradirt es ihm.

17) In diesem Sinne wird die Frage von Unger a. a. O. [doch vgl. unten Note 19] mit Berufung auf das bonitarische Eigenthum der Römer beantwortet. Vgl. auch Entsch. G.-Z. 1871 Nr. 11 [= Sammlung VIII. Nr. 3965]. Dagegen Krainz G.-Z. 1868 Nr. 98.

die Frage, da die Einrede nur einen obligatorischen Anspruch geltend macht, in der Regel zu verneinen (§. 443 a. E., 307); nur wenn der Besitzer von Jemandem belangt wird, der das Grundstück später entweder unentgeltlich oder mit Kenntniß des von dem Geklagten bereits früher erworbenen Besitzes an sich gebracht hat[18]), dann kann er einem solchen Kläger die Einrede mit voller Wirkung entgegensetzen (§. 1500)[19]), ja gegen einen solchen Gegner würde der Erwerber seinen Anspruch auf Umschreibung selbst im Klagewege geltend machen können.

Der Beweis ergibt sich aus nachstehender Deduction:

In der nämlichen Rechtslage, wie der in den Besitz gesetzte Käufer, befindet sich gegenüber dem bücherlichen Singularsuccessor des beiderseitigen Vormanns derjenige, der das Grundstück ersessen hat, aber noch nicht umschrieben ist. Denn die Ersitzung eines im öffentlichen Buche vorkommenden Grundstücks ist nach östr. R. ebenfalls nur ein Titel (§. 222 bei Note 3). Wird nun ein solcher Usucapient von dem bücherlichen Singularsuccessor desjenigen, gegen den ersessen wurde, auf Herausgabe des Grundstückes belangt, so kommt es darauf an, ob der Kläger sein Recht im Vertrauen auf das öffentliche Buch erlangt hat oder nicht; im ersten Falle muß der Usucapient dem Kläger weichen, im zweiten Falle

18) Mit andern Worten nicht im Vertrauen auf das öffentliche Buch. Daß die beiden im Text genannten Momente den Gegensatz zum Handeln im Vertrauen auf das öffentliche Buch bilden, liegt in der Natur der Sache und wurde von Unger a. a. O. Nr. 25 überzeugend nachgewiesen. Streitig jedoch, wem die Beweislast betreffend das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein dieses Vertrauens obliege; vgl. die entgegengesetzten Entsch. G.-Z. 1856 Nr. 28, 68 und G.-H. 1862 Nr. 27 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 305, Sammlung I. Nr. 196, IV. Nr. 1486]. Ebenso schützt das bayer. Hyp.-Ges. §. 26 den Cessionar, „der die eingetragene Hypothek durch lästigen Titel und im guten Glauben an sich brachte", gegen die sonst dem Gläubiger entgegenstehenden Einreden. (Aehnlich würtemb. Pfandgesetz Art. 88.) Im sächs. Hyp.-Ges. hingegen wurde die in dem Entwurfe enthalten gewesene Verfügung, daß der Dritte, um sich auf den §. 22 berufen zu können, unter lästigem Titel erworben haben müsse, eliminirt, dabei aber doch als selbstverständlich anerkannt, daß dadurch an den Grundsätzen über die act. Paulliana nichts geändert worden sei (Heyne Comm. I. S. 12—14). — Nach Wehli G.-H. 1869 Nr. 14 kann sich auch derjenige auf das Vertrauen in das öffentliche Buch nicht berufen, welcher das Recht entweder ohne den Willen des Auctors (durch gerichtliche Einantwortung, executive Intabulation oder durch Pränotation [dabei ist an die Pränotation des älteren Rechtes, aus der Zeit vor dem G.-B.-G., gedacht]) oder als Cessionar eine hypothecirte Forderung ohne Ausfolgung des Schuldscheins an sich gebracht hat, weil man im ersten Falle nur einen neuen Vortheil erlangen will, im zweiten Falle aber der Cessionar über den Fortbestand der Forderung Zweifel hegen muß.

19) Vgl. Entsch. in Haimerl's Mag. 1857 XV. S. 50—65; G.-Z. 1860 Nr. 129, 130, Pl.-Entsch. G.-Z. 1866 Nr. 63 [= Sammlung II. Nr. 556, V. Nr. 2374]. In einem G.-Z. 1867 Nr. 7 [Fehlt in den Sammlungen] mitgetheilten Rechtsfalle wurde der Umschriebene sogar des Verbrechens des Betruges schuldig erkannt, weil ihm der frühere Verkauf an den Dritten bekannt war. Im practischen Ergebniß stimmt auch Unger's Ausführung a. a. O. hiemit überein, indem er nur jenen Singularsuccessor vor der exc. rei vend. et trad. geschützt wissen will, der das Grundstück im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher, d. h. in Unkenntniß der bereits an einen Anderen erfolgten Tradition er-

nicht (§. 1500).[20]) Der Grund dieser Entscheidung liegt darin, daß der Ersitzungstitel, wie jeder andere Titel, nur gegen den bestimmten Verpflichteten wirkt. Handelt nun der Kläger beim Erwerbe des Rechtes nicht im Vertrauen auf das öffentliche Buch, indem er die vollendete Ersitzung des Beklagten kennt, oder indem er das Grundstück unentgeltlich erworben hat, so steht seiner Klage im ersten Falle die exceptio doli, im zweiten die Einwendung des §. 953 entgegen; und er muß daher, obwohl seine Eigenthumsklage an sich begründet ist, abgewiesen werden.

Die nämlichen Gründe treffen nun vollkommen auch dann zu, wenn Jemand, der da weiß, daß ein Anderer ein Grundstück gekauft und tradirt erhalten hat, aber noch nicht umschrieben worden ist, die Formen des Civilrechts mißbrauchend, das gleiche Grundstück kauft und sich umschreiben läßt, um den ersten Erwerber um seinen redlichen Erwerb zu bringen; es wird daher auch ihm, wenn er mit der Eigenthumsklage auftritt, die exc. doli vom Beklagten mit Erfolg entgegengesetzt werden können.[21]) Ebenso wird sich aber der Beklagte mit Erfolg auch gegen jenen späteren Erwerber mit Erfolg vertheidigen können, der zwar früher umschrieben wurde, aber schenkungsweise erworben hat, gleichviel ob er die frühere Erwerbung des Beklagten kannte oder nicht. Die Bestimmung des §. 1500 ist eben keine singuläre, sondern der Ausfluß eines allgemeineren Grundsatzes, den man wohl dahin formuliren darf, daß der **aus dem Titel und der Besitzerlangung**[22]) **hervorgehende Anspruch** (die exc. rei vend. et trad.) **nicht nur gegen den durch den Titel Verpflichteten, sondern auch gegen jenen Singularnachfolger desselben geltend gemacht werden kann, der sein Recht nicht im Vertrauen**

---

worben hat; der Unterschied ist nur der, daß er das, was hier als Ausnahme betrachtet wird, als Regel erklärt, und diese Regel durch die Idee der Dinglichkeit des von ihm angenommenen „materiellen" Eigenthums zu stützen sucht.

20) Wer ersessen hat, kann sich nicht nur gegen die Eigenthumsklage desjenigen, gegen den er ersessen hat, durch Berufung auf die vollendete Ersitzung schützen, da jedes Klagerecht auch als Einrede geltend gemacht werden kann (Entsch. G.-Z. 1858 Nr. 159 = Sammlung I. Nr. 484), sondern diese Einrede auch dem Dritten entgegenstellen, der das Vertrauen in das öffentliche Buch nicht für sich hat (Hückel im Jurist XIV. S. 128 fg., und XIX. S. 19 fg. [= Peitler 2. Aufl. Nr. 1289], Entsch. G.-Z. 1856 Nr. 136 = Peitler Nr. 1290, ausführlich in 1. Aufl. Nr. 873; vgl. auch Peitler Nr. 306—311 der ersten, Nr. 303—308 der 2. Aufl.

21) Vgl. Ihering Dogm. Jahrb. X. S. 331, Ziebarth Die Realex. und die Obl. S. 192 fg. Brünneck Ueber den Ursprung des sog. jus ad rem 1869 (oben Ausf. I. S. 225).

22) Diese Beschränkung muß beigefügt werden, weil sie der §. 1500 enthält, während keine Gesetzesstelle nachweisbar ist, wonach auch derjenige, der einen Anspruch auf Ueberlassung oder Löschung eines bücherlichen Rechtes hat, ohne jedoch auch schon in dem materiellen Genuß dieses Rechtes oder der Befreiung von demselben zu sein, diesen Anspruch gegen den Singularsuccessor geltend machen könnte. Die gegentheilige Annahme würde zu dem Ergebniß führen, daß im Falle des §. 440 b. G.-B. der frühere Käufer gegen den späteren auf Besitzabtretung klagen könnte, was den Bestimmungen des Gesetzes (z. B. §§. 430, 1120) geradezu widerspricht, und daß ein gegen den Vormann erworbener Pfandrechtstitel auch gegen den Nachmann geltend gemacht werden könnte (dagegen §§. 438, 443 a. E.).

auf das öffentliche Buch erworben hat. Danach versteht sich von selbst, daß, wenn Jemand sein Grundstück zuerst an den Einen durch (physische) Tradition, und später an einen Anderen durch Umschreibung veräußert hat, die Frage, ob der letztere gegen den ersteren mit der Eigenthumsklage durchdringe, nach der eben erwähnten Maßgabe zu beantworten ist.[23])

Dieser auch gegen den Dritten wirksame Titelanspruch wird auch im Klagewege durchgesetzt werden können. Im §. 1500 ist dies für den Fall der Ersitzung klar genug ausgesprochen, es muß daher das Gleiche auch in den übrigen Fällen gelten.

Umgekehrt fragt sich nun auch, ob die erwähnte Exception auch dem Singularnachfolger des nicht umschriebenen Besitzers zukomme. Die Frage ist nur dann zu bejahen, wenn dieser Singularnachfolger nicht nur den Besitz des Grundstückes erworben hat, sondern sich auch den die erwähnte Exception begründenden Anspruch gegen den Grundeigenthümer hat cediren lassen.[24]) Eine solche Cession liegt insbesondere vor, wenn das zwischen dem nicht umschriebenen Käufer und seinem Singularsuccessor geschlossene Geschäft nicht als Verkauf des Grundstückes, sondern als Ueberlassung „des Kaufrechtes" bezeichnet wurde.

Selbstverständlich kommen dem nicht umschriebenen Besitzer[25]) eines Grundstücks gegen eigenmächtige Besitzeingriffe, mögen sie vom Eigenthümer oder von einem Anderen ausgehen, die gewöhnlichen possessorischen Schutzmittel zu Statten (§§. 339, 345 b. G.-B.). Mit Unrecht aber führt man als besondere Wirkungen des Besitzes eines unumschriebenen Erwerbers auch die publicianische Klage und die Ersitzbarkeit an.[26]) Die erstere kommt nämlich (vgl. unten §. 225 Note 36) nur dem derivativen Erwerber zu, dessen an sich giltiger Erwerbsact wegen mangelnden Rechtes des Vormannes nicht zur vollen Wirksamkeit gelangen konnte (§. 372 b. G.-B.); demjenigen hingegen, dem das Grundstück veräußert und tradirt, der aber noch nicht als Eigenthümer umschrieben worden ist, fehlt nicht das Eigenthum des Vormannes, sondern der Erwerbsact selbst.[27]) Ebenso ist die Ersitzung nur dann am Platze, wenn der Besitzer wegen mangelnden Eigenthums des Vormannes nicht Eigenthümer werden konnte (§. 1461), und es soll dadurch bei Grundstücken nicht das Eigenthum, sondern nur

23) Ebenso auch, wenn der frühere, nicht umschriebene Erwerber seinen physischen Besitz durch Expropriation oder gerichtliche Besitzeinführung erlangt hat.

24) Vgl. Entsch. G.-Z. 1866 Nr. 12 [= Sammlung V. Nr. 2235], wo die von dem Singularsuccessor des nicht intabulirten Erwerbers vorgeschützte exc. rei vend. et trad. nicht berücksichtigt wurde, weil eine solche Cession nicht vorlag. Die polemischen Bemerkungen des Einsenders der Entscheidung scheinen unbegründet. Nach röm. R. dagegen steht diese exceptio allerdings von selbst auch dem Singularsuccessor des bonitarischen Eigenthümers zu, weil letzterer als dinglich Berechtigter betrachtet wurde. Vgl. Keller §. 151.

25) Eben weil er Besitzer ist, nicht etwa darum, weil er einen Eigenthumstitel hat.

26) So in ersterer Richtung: Walter §. 127, Gerber §. 89 Note 18, Randa Besitz S. 50 Note 22, Unger G.-Z. 1868 Nr. 26, in zweiter Richtung: Walter und Gerber a. a. O.

27) Vgl. Krainz G.-Z. 1868 Nr. 99, Mittermaier §. 161.

der Umschreibungsanspruch erworben werden (§. 1498); in unserem Falle steht aber der Umschreibungsanspruch dem Besitzer von allem Anfang zu; es ist daher nicht abzusehen, was durch eine solche Ersitzung noch erst weiter erreicht werden sollte.

§. 225. Eigenthum des Vormannes.

Damit durch Intabulation das Eigenthum übertragen werde, ist erforderlich, daß derjenige, von welchem es an den neuen Erwerber übergehen soll[1]) (der sog. Vormann oder Auctor), selbst schon Eigenthümer sei[2]), denn die Intabulation ist (wie bei Mobilien die Tradition) regelmäßig eine derivative Erwerbsart (§. 442). Der Vormann muß also ebenfalls schon als Eigenthümer eingetragen sein (§. 432 b. G.-B., §. 21 G.-B.-G.). Ist ein Grundstück wiederholt veräußert worden, ohne daß die einzelnen der Reihe nach folgenden Erwerber, von denen jeder sein Recht auf das Recht des vorhergehenden stützt, auch umschrieben worden wären (sog. Kaufrechtsveräußerung), so kann der letzte Erwerber unter Nachweisung seiner Vormänner unmittelbar nach dem im Grundbuch Eingetragenen die Umschreibung verlangen[3]) (§. 22 G.-B.-G.). Das Nämliche gilt jetzt auch dann, wenn der Erbe das ihm kraft seines Erbrechtes eingeantwortete Nachlaßgrundstück noch vor seiner Umschreibung veräußert; wird aber das Nachlaßgrundstück noch während der Nachlaßabhandlung von der Abhandlungsbehörde oder mit ihrer Zustimmung vom Erben oder Nachlaßcurator veräußert, so bedarf es nicht nur nach dem jetzt geltenden Recht (§. 23 G.-B.-G.), sondern schon nach dem früheren zum Zwecke der

---

1) Genauer: Derjenige, welcher Schuldner in dem aus dem Eigenthumstitel hervorgehenden obligatorischen Anspruch ist.

2) Dies war auch Voraussetzung der Wirksamkeit der gerichtlichen Auflassung des alten deutschen Rechtes (Gerber §. 101, Mittermaier §. 163) und hat daran die Umwandlung derselben in die moderne Intabulation nichts geändert.

3) Vor dem Grundbuchsgesetz mußten auch die Zwischenmänner umschrieben werden, und sie mußten entweder selbst die Umschreibung ansuchen oder den letzten Erwerber ermächtigen, die Umschreibung der Zwischenmänner zu erwirken. Hofd. v. 26. Februar 1819 Nr. 1548 J.-G.-S. Allerdings verbietet dieses Hofd. nur die Umschreibung des Schuldners auf einseitiges Ansuchen seines „Gläubigers", allein der unumschriebene Käufer eines Grundstücks ist ja Gläubiger seines Verkäufers. Fraglich war auch, ob schon in der Ausfolgung der Erwerbsurkunde an den Käufer eine stillschweigende Ermächtigung gelegen war, die Umschreibung des Verkäufers zu erwirken. Vgl. Aussez Tab.-Verf. §§. 49, 50 und die streng an dem Erforderniß der Umschreibung der Zwischenmänner festhaltende Entscheidung G.-Z. 1865 Nr. 100 [Fehlt in den Sammlungen]. Anders stand es bei wiederholter außerbücherlicher Uebertragung einer Hypothek, §. 24 des böhm. Landtafelpat. Vgl. auch Vorerinnerungen zu dem Tarif des Gebührengesetzes §. 6 lit. a. — Auch der Legatar, dem ein Grundstück vermacht war, mußte, wenn er dasselbe (vor oder nach der Einantwortung) veräußerte, um dem Erwerber die Intabulation zu ermöglichen, erst selbst auf Grund der ihm von der Nachlaßbehörde ertheilten Bestätigung (§. 178 Pat. v. 9. August 1854) umschrieben werden. Nach dem jetzt geltenden Rechte kann dagegen der Erwerber unmittelbar nach dem Erblasser umschrieben werden.

Umschreibung des Erwerbers der vorläufigen Eintragung des Erben nicht (Hofd. v. 26. Nov. 1839 Nr. 394 J.-G.-S., §. 178 Pat. v. 9. Aug. 1854, vgl. auch §. 7 böhm. Landtafelpat.).[4]) Um so mehr verstand sich immer von selbst, daß der Erwerber auch gegen den nicht umschriebenen Erben des Veräußerers unmittelbar nach dem Erblasser die Umschreibung erwirken konnte (oben §. 224 Note 7.)[5])

Wenn der ohne giltigen Titel Umschriebene sein vermeintliches bücherliches Recht (seinen Tabularbesitz) an einen Anderen veräußert und dieser umschrieben wird, so fehlt diesem letzten Erwerber zwar nicht der Titel, wohl aber ermangelt er des Erfordernisses des gesetzmäßigen Eingetragenseins, das uns an dieser Stelle beschäftigt, nämlich des Eigenthums seines Vormannes; eben darum wird er regelmäßig gleichfalls nicht Eigenthümer (§. 442)[6]), sondern Eigenthümer ist noch immer der zuletzt gesetzmäßig Eingetragene, weil dessen Eingetragensein durch die späteren nichtigen Eintragungen weder rechtlich noch factisch beseitigt worden ist; darum ist der Erwerber auch hier der Löschungsklage des wahren Eigenthümers ausgesetzt, und ebenso verhält es sich mit den sonstigen an dritte Personen eingeräumten Tabularrechten.[7])

Damit aber dem Interesse der in gutem Glauben Handelnden und den Anforderungen des Realcredites Rechnung getragen werde, welcher letztere durch strenge Durchführung dieser Rechtsprincipien auf das Empfindlichste erschüttert werden würde, so wurde in dem a. b. G.-B. in Anlehnung an das altdeutsche Institut der Verschweigung[8]), wonach durch den binnen Jahr und Tag nach erfolgter gerichtlicher Auflassung unterlassenen Widerspruch desjenigen, der dadurch verletzt worden war, die dadurch erlangte Gewere zur „rechten Gewere" wurde — das Bestreitungsrecht einer solchen wegen mangelnden Eigenthums des Tabularauctors ungiltigen Eintragung zu Gunsten des redlich Handelnden auf den Zeitraum von drei Jahren[9]) beschränkt, nach dessen unbenutztem Ablauf der

4) Der Erbe selbst erlangt erst durch die Einantwortung einen Eigenthumstitel (§§. 436, 819 b. G.-B.); bis dahin wird er nur als gerichtlicher Verwalter der Erbschaft angesehen (Krainz G.-Z. 1868 Nr. 97), er kann daher ohne Zustimmung des Gerichtes keine giltige Veräußerung vornehmen. Nicht entgegen §. 822 b. G.-B., der (wie §. 21 böhm. Land.-Pat.) nur von „Gläubigern" und von „Sicherstellung" spricht.

5) Eine Ausnahme von der Regel des §. 432 liegt darin nicht, da der Erbe als Repräsentant des Erblassers ebenfalls als Auctor anzusehen ist. Vgl. Aussez Tab.-Verf. §. 77.

6) Walter §. 127 a. E., Maurenbrecher I. §. 225. Mit Unrecht behaupten das Gegentheil Füger Rechtswirkungen der bücherlichen Einträge §§. 10—12, Unger G.-Z. 1868 Nr. 25 und ihm folgend Exner Pfandrechtspränotation S. 26, Publicitätsprincip S. 50 fg., Harum G.-Z. 1871 Nr. 2, Entsch. G.-Z. 1871 Nr. 48 [= Schimkowsky III. Nr. 126] (Pfandrecht betreffend); vgl. dagegen Wehli G.-H. 1869 Nr. 10, 11, Randa G.-Z. 1871 Nr. 38.

7) Wehli a. a. O. Entsch. G.-Z. 1874 Nr. 58 sammt Nachtrag in Nr. 71 [= Sammlung XII. Nr. 5377], Pichler G.-Z. 1874 Nr. 69.

8) Gerber §. 101, Mittermaier §. 163, Sachsensp. II. 44 §. 1.

9) Ursprünglich betrug die Frist im östr. Recht das dreifache der deutschrechtlichen Frist von „Jahr und Tag", d. h. 3 Jahre und 18 Wochen; so zuerst in Böhmen unter König Ladislaus,

Eingetragene als Eigenthümer anzusehen war.[10]) Diese auf Grund des „Schweigens" des Einspruchberechtigten[11]) eintretende Eigenthumserwerbsart faßt das b. G.=B., da es das Eingetragensein überhaupt als Besitz ansieht, als Ersitzung[12]) — sog. Tabularersitzung — auf und verlangt dazu neben der durch die gesetzliche Zeit fortgesetzten Dauer des Tabularbesitzes[13]) auch[14]) dessen Rechtmäßigkeit[15]), Redlichkeit[16]) und Echtheit[17]) (§. 1467). Die Zeit der Tabularersitzung verlängerte sich zu Gunsten

und zwar nur für die höheren Stände (Unger G.=Z. 1861, Nr. 141); später galt sie allgemein und findet sich so in der erneuerten böhm. L.=O. von 1627, in den Landtafelpatenten für Niederösterreich von 1758, Galizien 1780, Breisgau 1783, Innviertel 1791, Böhmen 1794 (§. 32) und im Grundbuchspatent für Oberösterreich 1792 (Haan Studien S. 66—68). Das galiz. G.=B. II. §. 177 hat bereits die Abrundung auf drei Jahre.

10) Die Tabularersitzung verwandelte das factische Eingetragensein in ein gesetzmäßiges, und vermittelte damit den Uebergang des Eigenthums an den Ersitzenden. Sie war also eine besondere Eigenthumserwerbsart, deren Hauptmoment das Eingetragensein war, das jedoch erst nach Ablauf einer gewissen Zeit zu seiner vollen Wirkung kam. Krainz G.=Z. 1868 Nr. 98. Ueber den Umfang des ersessenen Rechtes (auch ob Allein= oder Miteigenthum, widerruflich oder unwiderruflich) entscheidend der Inhalt der Eintragung, §. 1467. Stubenrauch III. S. 714.

11) §. 1467 verb.: „gegen allen Widerspruch"; die ungiltige Eintragung kann fortan mit der Löschungsklage nicht mehr bestritten werden. Der cit. Ausdruck des Gesetzes erinnert an den alten „Einspruch", der binnen Jahr und Tag erhoben werden mußte, und ebenso wie der damit im Wesentlichen identische „Odpor" und der heutige Löschungsanspruch im Klagewege auszuführen war. Vgl. Sachsensp. I. 42 §. 2, I. 44 §. 1, Lübecker Statut v. 1586 I. 8 Art. 2, Hamburg. Stat. v. 1603 I. 30 Art. 3, Nürnberg. Ref. v. 1564 II. 16 §. 5, I. feud. 26 §. 1 u. a.

12) Daß sie vielmehr als eine Art der Verjährung aufzufassen ist, hat Unger II. S. 278—291 nachgewiesen. Vgl. Harum G.=Z. 1871 Nr. 2 und oben Ausführungen I. S. 421, 422.

13) Da das Eingetragensein schon für sich als Besitz angesehen wird (§§. 321, 350 b. G.=B.), so ist gleichzeitiger physischer Besitz nicht nothwendig (Ellinger ad §. 1467). Die Zeit der Tabularersitzung lief von dem Tage der Eintragung.

14) Nach Gerber §. 101 Note 11 waren diese Erfordernisse nach altem deutschen Recht nicht wesentlich. Dagegen, was das Erforderniß der justa causa und bona fides anbelangt, Unger II. S. 284 Note 105 unter Berufung auf Albrecht und Unterholzner.

15) Das G.=B. nennt das titulirte Eingetragensein einen rechtmäßigen Besitz (§§. 1461, 321, 441). Trotz §. 1462 bildete hier auch der Erbgang einen Titel; §. 441 bestimmt nämlich ohne Einschränkung: wenn die Urkunde über das Eigenthumsrecht (also auch die Einantwortungsurkunde, §. 436) in das öffentliche Buch eingetragen ist, tritt der neue Eigenthümer in den „rechtmäßigen Besitz". Dazu kommt, daß §. 424 die Verfügung auf den Todesfall und die Intestaterbfolge (das Gesetz) ausdrücklich als Titel bezeichnet. Danach kam dem redlichen Erben dessen, der durch Fälschung ins Grundbuch gekommen war, die dreijährige Tabularersitzung allerdings zu statten. So auch ungar. G.=B.=O. §. 150.

16) D. h. Unkenntniß der der Wirksamkeit der Eintragung entgegenstehenden rechtlichen Hindernisse (§§. 1460, 1463). Die Streitanmerkung jedoch schließt die Redlichkeit eventuell aus (§. 443), d. h. die ihr nachfolgenden Intabulationen führen nicht zur Ersitzung, wenn der Löschungskläger siegt, während rücksichtlich der vorausgehenden, wenn sie nicht speciell bestritten werden, die Ersitzung fortläuft.

17) Dieses Erforderniß muß wohl auf den gesetzlich geordneten „ordnungsmäßigen Vorgang" bei der Eintragung bezogen werden, da bei derselben, als

juristischer Personen sogar auf sechs Jahre (§. 1472), und zu Gunsten der Abwesenden auf die im §. 1475 bestimmte Zeit[18]); auch konnte sie in den Hemmungsfällen (§§. 1494—1496) gänzlichem Stillstand[19]) unterliegen.[20])[21])

Es bedarf keines Beweises, daß diese Grundsätze den Anforderungen des Realcredites nicht entsprachen; ein Zeitraum von drei oder mehr Jahren, während deren das Damoklesschwert der Anfechtbarkeit über dem Haupte des Tabularbesitzers schwebt, ist viel zu lang, und es mußte dies als die wundeste Seite des östr. Tabularrechtes bezeichnet werden. Diesen Erwägungen Rechnung tragend, bestimmt das G.-B.-G. v. 1871, daß zwar gegenüber demjenigen, der unmittelbar durch die ungiltige Eintragung ein Recht erworben hat[22]), ferner gegen den in einem unmittel-

---

einem amtlichen Acte vis, clandestinitas, precarium nicht wohl denkbar sind. Vgl. jedoch Entsch. G.-Z. 1856 Nr. 89, G.-H. Nr. 83 [= Sammlung I. Nr. 184, IV. Nr. 1821].

18) §. 1474 dagegen hat nur die außerbücherliche Ersitzung im Auge. Eine Tabularersitzung wäre nur denkbar, wenn das Fideicommißband im öffentlichen Buche nicht ausgezeichnet wäre (wo es ausgezeichnet ist, könnte ja die Umschreibung nicht bewilligt werden); in diesem Falle wird aber der Umschriebene sofort Eigenthümer (§. 443). Dafür spricht auch das Pat. v. 12. April 1785, welches die Leheneigenschaft, obwohl sie nach II. f. 40 und 55 unverjährbar war, gegen den bücherlichen Nachfolger nicht wirken ließ, wenn sie nicht im öffentlichen Buche ausgezeichnet ist. Vgl. Heinke Lehenrecht S. 86, 90, 271, Ellinger ad §. 1474.

19) Vgl. ungar. G.-B.-O. §. 149: „. . . nach den Bestimmungen des a. b. G.-B. zu beurtheilen."

20) Fehlt dem redlichen Eingetragenen der Titel (z. B. Umschreibung eines vermeintlichen Erben oder Legatars auf Grund der betreffenden Einantwortung, Umschreibung im Falle der Erwerbung von einer handlungsunfähigen Person), so kann die Tabularersitzung erst nach 30, gegen juristische Personen erst nach 40 Jahren vollendet werden §§. 1477, 1472 (Wehli G.-H. 1869 Nr. 10, Entsch. G.-Z. 1874 Nr. 71 [oben Note 7]. Abwesende sind hier nicht begünstigt. Ob der Vormann Eigenthümer war oder nicht, ist hier gleichgiltig. — Accessio possessionis bei Uebertragung des Tabularbesitzes an einen redlichen Nachfolger vor Ablauf der Ersitzungszeit, mit der im Interesse des Realcredits angeordneten Abweichung von §§. 1462, 1463, daß der redliche Nachfolger seine Ersitzungszeit in allen Fällen schon von der ersten Eintragung des angefochtenen Rechtes an rechnen kann, selbst wenn der Tabularbesitz des Vorgängers die zur Tabularersitzung erforderlichen Eigenschaften nicht hatte (Hofd. v. 29. Aug. 1818 Nr. 1488 §. 4 verb.: „welche von dem Tage der Eintragung in die öffentlichen Bücher an zu rechnen ist", vgl. ung. G.-B.-O. §§. 149, 150). Singular- und Universalsuccessor konnten sonach in ihre dreijährige Ersitzungszeit auch die nicht anrechenbare Zeit ihres Vorgängers einrechnen (Entsch. G.-Z. 1853 Nr. 110, G.-H. 1865 Nr. 28 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 1209, Sammlung IV. Nr. 1995], und traf das auch zu, wenn das Recht des Nachfolgers nicht identisch mit jenem des Vorgängers, sondern nur eine Beschränkung des letzteren (z. B. intabulirtes jus in re) war. Krainz G.-Z. 1869 Nr. 16. Doch galten allerdings auch dem redlichen Dritten gegenüber die die Ersitzungszeit verlängernden Begünstigungen gewisser Personen, nämlich jene der §§. 1472, 1475, 1494, 1496 („gesetzliche Verjährungsfrist" Hofd. v. 29. August 1818). Haan S. 64—70.

21) Unger G.-Z. 1868 Nr. 25 beschränkt die Anwendbarkeit des §. 1467 auf so wenige Fälle, daß er dadurch fast unpractisch erscheinen müßte. Aehnlich Exner Publ.-Pr. S. 118 fg. und Harum G.-Z. 1871 Nr. 2.

22) Also gegen den auf Grund eines ungiltigen Titels Umschriebenen z. B. gegen den Pseudoerben oder denjenigen, der von einer handlungsunfähigen Person erworben hat.

baren Rechtsverhältniß mit dem Kläger stehenden Rechtsnachfolger eines solchen Erwerbers (z. B. gegen dessen Erben oder Geschenknehmer)[23]), die Löschungsklage durch die ganze Verjährungszeit zulässig ist (§. 62 G.-B.G.), gegen Dritte aber, die ihre Tabularrechte auf die ungiltige Eintragung stützen, nur dann, wenn sie sich entweder hinsichtlich der Giltigkeit der Eintragung nicht in gutem Glauben[24]) befunden haben[25]), oder wenn sie sich zwar in gutem Glauben befunden, ihre weiteren bücherlichen Rechte aber noch vor eingetretener Rechtskraft der Intabulation erworben haben und der Bestreitungsberechtigte innerhalb der Recursfrist[26]) die Streitanmerkung hinsichtlich dieser Intabulation erwirkt, und zugleich oder spätestens innerhalb 60 weiteren Tagen die Löschungsklage überreicht hat[27]) (§. 63 ebda.), oder endlich, wenn der Bestreitungsberechtigte von der Bewilligung der ursprünglichen ungiltigen Eintragung nicht vorschriftsmäßig verständigt worden ist (§. 64 ebda.).[28]) Die Löschungsklage ist zulässig während der ganzen Verjährungszeit; nur in dem letzterwähnten Falle der unterbliebenen Verständigung ist sie gegen gutgläubige Erwerber des bücherlichen Rechtes blos durch drei Jahre von dem Zeitpunkte an zugelassen, in welchem um die ursprüngliche ungiltige Eintragung bei dem Grundbuchsgerichte angesucht wurde (§. 64 cit.). Gegen eine durch eine strafbare Handlung, z. B. durch eine Fälschung, erwirkte Intabulation kann auch im Wege des Strafverfahrens die Löschung erwirkt werden. Da es hier einer Löschungsklage nicht bedarf, so muß, soll der Ausspruch des Strafrichters auch gegen gutgläubige Dritte wirken, binnen der oben erwähnten Recursfrist auf Grund der Bestätigung der competenten Behörde, daß die Strafanzeige bei derselben geschehen ist, um die bücherliche Anmerkung, daß die Einverleibung streitig sei, angesucht werden (§. 66 ebda.); in diesem Falle kann das Strafgericht, wenn es die Handlung strafbar findet, nebst der Löschung der ursprünglichen Einverleibung auch jene der vor der er-

23) Dies bedeutet (Kaserer G.-Z. 1871 Nr. 96) der Passus des §. 62 G.-B.-G.: „oder wenn sich die Klage auf solche Verhältnisse stützt, welche unmittelbar zwischen dem Kläger und dem Geklagten obwalten.“ Als Grund gibt Kaserer an, daß hier kein Vertrauen in das öffentliche Buch getäuscht wird, und daß Erb- und Geschenknehmer keinen ausgiebigeren Schutz ansprechen können, als Erblasser und Geschenkgeber. [Vgl. aber oben §. 224 Note 18 und unten Note 29.]

24) Man könnte hieher auch diejenigen Dritten zählen, welche ihre Rechte erst nach erwirkter bücherlicher Streitanmerkung zur Einverleibung gebracht haben; allein gegen diese bedarf es keiner Löschungsklage, da die sie betreffenden Einverleibungen über das siegreiche Urtheil von Amtswegen gelöscht werden (§§. 61, 65 G.-B.-G.).

25) Entscheidend ist lediglich der gute Glaube im Moment des Erwerbes; darum sagt das Gesetz: „. . . . befunden haben“.

26) Sie beträgt 30 oder 60 Tage, gerechnet von der Verständigung von der ungiltigen ursprünglichen Eintragung.

27) Es ist das ein Fall, wo gegen die Regel des §. 61 G.-B.-G. die Streitanmerkung noch vor überreichter Klage zulässig ist. Verwandt die Bestimmung des A. L.-R., wonach binnen 40 Tagen die Einwendungen annotirt werden müssen.

28) Man denke z. B. an den Fall der Intabulation auf Grund eines ungiltigen Testaments, wo der bestreitungsberechtigte wahre Erbe dem Gerichte ganz unbekannt ist und daher von der Umschreibung des Pseudoerben nicht verständigt werden kann.

wähnten Anmerkung erworbenen bücherlichen Rechte verfügen. Hätte es jedoch nur auf die Schuld des Angeklagten, nicht auch auf Löschung erkannt, so muß auch in diesem Falle die Löschungsklage binnen 60 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieser Entscheidung bei sonstiger Gewärtigung der Löschung der erwirkten Streitanmerkung überreicht werden (§. 67 ebda.).

Nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung hindert also das mangelnde Eigenthum des Vormannes die Eigenthumsübertragung durch Intabulation nur bei unterbliebener ordnungsmäßiger Verständigung von der ursprünglichen Intabulation und in dem weiteren Falle, daß der Intabulirte von dem mangelnden Eigenthum des Vormannes Kenntniß hatte oder haben mußte, während der in gutem Glauben Intabulirte sofort das Eigenthum erlangt, nur daß dieses allerdings im Falle der Intabulation vor Ablauf der Recursfrist einstweilen nur ein bedingtes, d. h. nur für den Fall bestehendes ist, als nicht während dieser Recursfrist von dem Bestreitungsberechtigten um die Streitanmerkung angesucht und sodann im Klagswege die Löschung erwirkt worden ist.[29]) In dem letzten Falle (Erwerb des Gutgläubigen) erfolgt also die Eigenthumsübertragung blos auf Grund einer mit einem Titel versehenen Intabulation, indem das Eigenthum des Vormannes durch die bona fides des Intabulirten ersetzt wird, — in den beiden ersten Fällen dagegen (mangelnde Verständigung und mala fides) durch Verjährung der Löschungsklage, welche bei mangelnder Verständigung in drei Jahren, bei mangelnder bona fides in der dem betreffenden speciellen Falle entsprechenden Verjährungszeit abläuft.[30]) Eigentliche Verjährung liegt aber auch in diesen beiden Fällen nicht vor; denn — abgesehen von der in dem einen Falle erforderlichen Redlichkeit — die Verjährung ist lediglich der Untergang eines Rechtes, während hier durch den unbenutzten Ablauf der Verjährungszeit ein Recht (das bücherliche Eigenthum) erworben wird. Aber auch von einer Tabularersitzung im Sinne des b. G.-B. kann nicht die Rede sein, nicht einmal im Falle der wegen unterbliebener Verständigung von der Intabulation zu Gunsten des gutgläubigen Tabularbesitzers in drei Jahren eintretenden Erlöschung der Löschungsklage (§. 64 G.-B.-G.).[31]) Allerdings wird auch dazu (wie nach §. 1467 b. G.-B. zur Tabularersitzung) neben dem

---

29) Auch wenn der Erwerb auf Grund eines lucrativen Titels erfolgte, entsteht für den redlichen Erwerber sofortiges Eigenthum, nur hindert dies die Anfechtung aus einem anderen Rechtsgrunde, z. B. auf Grund des §. 953, nicht. Gutgläubiger Erwerb ist also nicht ganz identisch mit dem Erwerb im „Vertrauen auf das öffentliche Buch" (§§. 28, 71 G.-B.-G). Anders Kaserer G.-Z. 1871 Nr. 96, der, das Eigenthumsrecht des gutgläubigen Geschenkgebers negirend, den Fall unter §. 62 G.-B.-G. subsumirt.

30) Diese Zeit beträgt nicht immer 30 Jahre. Wurde z. B. der Vormann auf Grund eines nichtigen Testamentes umschrieben, und weiß dies der Nachmann, so wird er trotz mangelnder bona fides doch in derselben Zeit von der Löschungsklage frei, wie sein Vormann (§. 1487).

31) Pichler Zur Frage nach der Geltung des Publicitätsprincips im gegenwärtigen östr. Tab.-R. (G.-Z. 1874 Nr. 69).

Tabularbesitze auch dessen Rechtmäßigkeit[32]) und Redlichkeit gefordert; gleichwohl sprechen entscheidend gegen die Annahme einer wahren Tabularersitzung folgende Umstände: 1) Der dreijährige Zeitlauf beginnt nicht mit dem Momente der Eintragung, sondern schon mit der Ueberreichung des Gesuches, worüber die ursprüngliche anfechtbare Intabulation, d. i. jene des Tabularauctors oder seines Vormannes bewilligt wurde[33]); 2) der Zeitraum beträgt immer drei Jahre, also auch gegen juristische Personen und Abwesende; 3) in diesen Zeitraum ist auch die Zeit des Vormannes oder der Vormänner, die nicht Eigenthümer geworden waren, einzurechnen, auch wenn dieselbe nach den Grundsätzen von der Ersitzung (§. 1493) nicht anrechenbar wäre; 4) eine Verlängerung dieses dreijährigen Zeitraumes durch die Hemmungsgründe der §§. 1494—1496 findet nicht statt.

Danach wird wohl behauptet werden müssen: Die Frist ist bei mangelnder bona fides des Tabularbesitzers (§. 63 Al. 2 G.-B.-G.) eine Verjährungsfrist, bei mangelnder Verständigung von der Intabulation (§. 64 ebda.) eine Fallfrist, die Erwerbungsart des bücherlichen Eigenthums in beiden Fällen die deutschrechtliche Verschweigung.[34]) Ebenso erwächst auch die Intabulation des ursprünglich Eingetragenen, die wegen mangelnden oder anfechtbaren Titels ungiltig war, durch Verjährung der Löschungsklage (Verschweigung) in Rechtskraft (§. 62 G.-B.-G.). Darin liegt insofern eine Abweichung von den Bestimmungen des b. G.-B., als zwar auch dieses bei mangelndem Titel die ungiltige Intabulation in 30—40 Jahren convalesciren läßt, hiezu aber wesentlich Redlichkeit des Tabularbesitzers fordert[35]), während diese nach dem G.-B.-G. nicht mehr gefordert ist.[36])

§. 227. Vorlage einer Tabularurkunde.

Damit die Tabularbehörde sich die vollständige Ueberzeugung vom Vorhandensein des Titels verschaffe[1]), muß ihr der Beweis hierüber in

32) Fehlt es an dieser, so kann der Umschriebene wenigstens von seinem unmittelbaren Vormanne auf Löschung geklagt werden.

33) Der Zeitraum kann also möglicherweise in wenig Tagen ablaufen, wenn die Intabulation des gutgläubigen Dritten gegen Ende der dreijährigen Frist erfolgte.

34) Man kann übrigens in beiden Fällen auch die Intabulation (nur mit aufgeschobener Wirksamkeit) als die Erwerbsart bezeichnen, indem sie erst durch Zeitablauf zu einer gesetzmäßigen und damit wirksamen wird. Vgl. oben Ausführungen I. S. 421.

35) Man könnte zwar versucht sein, vom Standpunkte des b. G.-B. zu behaupten, daß nach 30 Jahren auch ohne bona fides durch Verjährung der Löschungsklage (§§. 1478, 1493) der gleiche Erfolg eintrete; allein seine Löschungsklage ist eine Präjudicialklage (Nichtigkeitsklage) und eine solche unterliegt regelmäßig keiner Verjährung (oben Ausführungen I. §. 152).

36) Daß titulirtes Eingetragensein dem Eingetragenen auch die a. publiciana verschafft, darüber s. §. 224 nach Note 26. Das ist der Sinn der §§. 321, 441, wonach durch die bücherliche Eintragung auf Grund eines giltigen Titels (§§. 316, 321) bezw. einer giltigen Urkunde (§. 441) rechtmäßiger Besitz erworben wird. Vgl. auch Kopezky Ztschr. f. östr. R.-G. 1830 II. S. 1 fg.

1) Von dem Eigenthum des Tabularauctors überzeugt sie sich durch die Einsicht des Grundbuchs.

einer besonders glaubwürdigen Form, und zwar wie das Gesetz vorschreibt, entweder in einer öffentlichen oder in einer besonders beglaubigten Privaturkunde vorgelegt werden. Nur rücksichtlich der Bauerngüter bestimmte das b. G.-B. §. 433, daß es im Falle vertragsmäßiger Uebertragung genügen solle, wenn die Contrahenten oder wenigstens der Veräußerer vor der „Grundobrigkeit" erscheine[2]) und bei derselben auf Grund mündlicher Angaben über das Veräußerungsgeschäft[3]) die Umschreibung erwirke. Diese im Zusammenhang mit dem ehemaligen Gutsunterthanenverband stehende, und in jenen Ländern, in welchen es einen Gutsunterthanenverband nicht gab, niemals zur Geltung gelangte Rechtsnorm[4]) ist seit der Aufhebung des grundobrigkeitlichen Jurisdictionsrechtes[5]) außer Wirksamkeit getreten.[6])

Privaturkunden über den Eigenthumstitel müssen, um intabulationsfähig (Tabularurkunden) zu sein, einen dreifachen Inhalt haben:

1) Sie müssen über den Titel vollglaubwürdigen Beweis machen; dies ist dann der Fall, wenn darin der Uebergeber und Uebernehmer und zwar so, daß sie mit Anderen nicht verwechselt werden können, das Grundstück mit Angabe der kennzeichnenden Merkmale, insbesondere, wo es

---

2) Aus §. 434 („persönlich") deduciren Ellinger ad §. 433 und Aussez Landt.- und G.-O. §. 111 den Satz, daß der Uebergeber nothwendig selbst erscheinen müsse und eine Stellvertretung bei diesem Acte unzulässig sei; dagegen mit Recht Klepsch S. 60 und Kirchstetter S. 205.

3) Wenn also nur „der Uebergeber" erschien, so genügte schon seine mündliche Bestätigung, daß er das Grundstück veräußert habe, ohne daß die Vorlage einer Vertragsurkunde nothwendig gewesen wäre; es kam eben zunächst nur auf sein Geständniß an. Der Einwurf, den Klepsch S. 60, 61 macht, ist unerheblich.

4) So bestimmt das Hofd. v. 2. Sept. 1819 (Winiwarter Handb. II. S. 144), daß der §. 433 in Lombardo-Venetien keine Geltung habe. Vgl. Aussez §. 109 Note *.

5) Dieses dauerte länger als der nexus subditelae. Vgl. Note 6.

6) So auch Stubenrauch I. S. 828 und, wie es scheint, Aussez Handb., wo er vom §. 433 nicht mehr handelt. Dagegen für die fortdauernde Geltung des §. 433 Ellinger ad §. 433, Klepsch S. 59—61, Kirchstetter S. 205, letzterer unter Berufung auf T.-P. 79 des Geb.-Ges. vom 9. Febr. 1850, woselbst die in solchen Fällen zu entrichtende Gebühr festgesetzt ist. Allein dieses Geb.-Ges. wurde bereits wirksam zu einer Zeit, da es noch Grundobrigkeiten gab; schon das Geb.-Ges. v. 2. Aug. 1850 (ebenso das vom 13. Dec. 1862) machen davon keine Erwähnung. Ausschlaggebend ist das Hofd. v. 14. Febr. 1818 Nr. 1420 J.-G.-S., wonach §. 433 in Illyrien nur dann Anwendung zu finden hatte, wenn sich die Parteien an die Grundobrigkeit als Tabularamt wendeten, während, wenn sie sich nach Hofd. v. 20. Sept. 1814 Nr. 1102 J.-G.-S. an das Bezirksgericht als Cognitionsbehörde wendeten, von einer solchen Begünstigung keine Rede ist. Der §. 433 setzt also die Grundobrigkeit wesentlich voraus, was sich daraus erklärt, daß ihr bei Veräußerungen von Bauerngütern gesetzlich ein Mitwirkungsrecht zustand. — Auch in den Ländern der ungarischen Krone erlangte §. 433 nie Geltung (Art. VII. Nr. 1 der Einf.-Ges. v. 29. Nov. 1852 und 29. Mai 1853). — Das G.-B.-G. v. 1871 §. 26 bestimmt, daß Einverleibungen und Vormerkungen nur auf Grund von Urkunden bewilligt werden können.

nöthig ist, der Grenzen[7]), der Titel der Erwerbung[8]) und der Ort und das Datum der errichteten Urkunde[9]) angegeben erscheinen, und die Urkunde von beiden Parteien unterfertigt ist (§§. 26, 27, 32 G.=B.=G.).

2) Die Echtheit der Unterschriften muß auf gesetzmäßige Art gewährleistet sein. Dazu gehörte vordem die Mitfertigung zweier glaubwürdiger[10]) Männer als Zeugen[11]) (§§. 434, 435 b. G.=B.); war die Urkunde außer dem Lande, in welchem die Einverleibung stattfinden sollte, ausgestellt, so war überdies die Legalisirung der Unterschriften erforderlich (Hofd. v. 29. Aug. 1818 Nr. 1488 J.=G.=S. §. 3, Not. O. v. 21. Mai 1855 §. 76). Nach dem G.=B.=G. v. 1871 §. 31 aber ist ohne diese Unterscheidung jede Privaturkunde zu legalisiren, wogegen es der Mitfertigung von Zeugen nicht mehr bedarf[12]); doch bezieht sich dies nicht auf die vor der Wirksamkeit des G.=B.=G. errichteten Urkunden.[13]) Ist die Urkunde im Auslande ausgestellt, so muß sie regelmäßig von dem östr. Consul oder Gesandten[14]) oder bei öffentlichen Urkunden von dem Consul oder Gesandten der betreffenden fremden Macht legalisirt sein.[15]) Sowie aber nach dem älteren deutschen Rechte nebst dem Uebertragungsgeschäfte auch noch eine förmliche Erklärung vor Gericht, daß man sein Recht auflasse, nothwendig war, worauf erst die Eintragung in das Gerichtsprotokoll erfolgte, ebenso verlangt auch das östr. Recht zum Zwecke der Intabulation noch

3) die Aufnahme einer förmlichen Auflassungserklärung in die Tabularurkunde, d. i. der ausdrücklichen Einwilligung des Veräußerers,

---

7) Die Angabe der Grenzen ist nur dann nothwendig, wenn eine andere genaue Bezeichnung nicht vorliegt. Es genügt daher die bloße Bezeichnung durch die Zahl, wenn sie (wie bei Häusern in Städten) die natürliche ist, oder wenn die Grenzen bereits im Grundbuche ersichtlich sind. Entsch. Jurist VI. S. 438. Aussez §§. 142, 143, Klepsch S. 53.

8) Also der causa negotii (Kauf, Tausch, Schenkung &c.). §. 26 G.=B.=G.

9) Das G.=B.=G. verlangt nur das Datum der Urkunde; der Tag des geschlossenen Geschäftes braucht nicht angegeben zu sein.

10) Glaubwürdig sind sie, wenn gegen deren Fähigkeit zur Zeugenschaft kein gesetzliches Bedenken vorliegt (Hofd. v. 23. Juli 1789 Nr. 1038 J.=G.=S., Wessely I. Nr. 610, vgl. ung. G.=B.=O. §. 82 lit b). Die Glaubwürdigkeit ist also nach der G.=O. zu beurtheilen, und sind verwerfliche wie bedenkliche Zeugen ausgeschlossen. Stubenrauch I. S. 829, Aussez §. 150. Nur die verwerflichen Zeugen will ausschließen Klepsch S. 54; vgl. dagegen Kirchstetter S. 204 fg., der aber die Glaubwürdigkeit nach freiem Ermessen, nicht nach der G.=O. beurtheilt wissen will.

11) Darüber, daß damit die Echtheit der Urkunde beglaubigt werden soll, vgl. Wehli G.=H. 1869 Nr. 11, welcher bereits statt dieser Mitfertigung die Einführung des Legalisirungszwanges befürwortet.

12) Jud.=B. Nr. 74 (G.=Z. 1872 Nr. 86 [= Samml. X. Nr. 4600; dazu jetzt noch Gesetz v. 4. Juni 1882 Nr. 67 R.=G.=B. (§. 2), welches Gesetz im Uebrigen für gewisse Fälle die Entbehrlichkeit der Legalisirung statuirt und andere Erleichterungen gewährt]).

13) Art. III. Einf.=Ges. Nach der Note 12 cit. Entsch. bedarf es auch bei den vor der Wirksamkeit des G.=B.=G. ausgestellten und legalisirten Urkunden nicht der Mitfertigung von Zeugen.

14) Hofd. v. 13. Jänner 1809 Nr. 880, 8. Dec. 1812 Nr. 971, 16. April 1818 Nr. 1436 J.=G.=S. G.=B.=G. v. 1871 §. 32.

15) Hofd. v. 22. Jänner 1838 Nr. 249 J.=G.=S. Wessely Handb. I. Nr. 527 bis 533, Klepsch S. 48, 49, Aussez §. 125.

daß der Erwerber in das öffentliche Buch als Eigenthümer eingetragen werden könne (sog. Intabulationsclausel). Wird diese Erklärung mittelst einer besonderen Urkunde gegeben, so führt letztere den herkömmlichen Namen Aufsandung oder Aufsandurkunde[16]) (von Aufsandung = Auflassung)[17]), §. 435, G.-B.-G. §. 32.[18])

Die Urkunde muß ferner frei sein von sichtbaren Mängeln, durch welche die Glaubwürdigkeit geschwächt wird, und muß, wenn sie aus mehreren Bogen besteht, so geheftet sein, daß kein Bogen unterschoben werden kann (§. 27 G.-B.-G.). Vollmachten müssen überdies entweder auf das bestimmte Geschäft lauten, oder innerhalb eines Jahres vor dem Ansuchen ausgestellt sein (§. 31 G.-B.-G.).[19])

Selbstverständlich ist eine Privattabularurkunde nicht nur im Falle vertragsmäßiger Ueberlassung des Eigenthumsrechtes, sondern auch dann zulässige Grundlage der Intabulation, wenn der Titel in einer von einem Vertrage verschiedenen Thatsache[20]) besteht, weil es den Parteien nicht verwehrt werden kann, anstatt der umständlicheren Erwirkung eines gerichtlichen Urtheils den einfacheren Weg der freiwilligen außergerichtlichen Beurkundung des vorhandenen Titels zu wählen.[21])

Hat der Titelberechtigte über seinen Eigenthumstitel eine öffentliche Urkunde, z. B. ein rechtskräftiges Urtheil, ein gerichtliches Theilungsinstrument, eine Erbschaftseinantwortungsurkunde, so ist, wie oben erwähnt, zum Zwecke des Eigenthumserwerbes gleichfalls nicht minder die Intabulation erforderlich (§. 436). Andere öffentliche Urkunden dieser Art sind die gerichtlichen Einantwortungsurkunden über versteigerte Güter[22]), die gerichtlichen Bescheinigungen über vermachte Güter[23]), die gerichtlichen Vergleiche[24]), Zahlungsaufträge über gesetzliche Gebühren und Beiträge, sowie Ausweise über rückständige Steuern und öffentliche Abgaben, insoweit sie nach den bestehenden Gesetzen vollziehbar sind[25]), gerichtliche Meistbotsvertheilungen[26]), behördliche Expropriationserkennt-

---

16) Sie muß ebenfalls tabularmäßig ausgestellt werden, es genügt aber, wenn sie von dem Veräußerer allein unterfertigt wird. Aussez §§. 148, 152, 153, Nippel ad §. 435 Nr. 2.

17) Winiwarter II. S. 208.

18) Nach §. 32 cit. kann diese Erklärung auch im Grundbuchsgesuche abgegeben werden, in welchem Falle aber dieses mit den Erfordernissen der Einverleibung versehen, insbesondere also legalisirt sein muß.

19) Dies bezieht sich jedoch nur auf Vollmachten zu Einverleibungen gegen den Machtgeber, für den Machtgeber kann auch auf Grund einer allgemeinen, wann immer ausgestellten Vollmacht um Einverleibung eingeschritten werden (§. 77 G.-B.-G.). Gesetzliche oder gerichtlich bestellte Vertreter bedürfen im letzteren Falle einer besonderen Ermächtigung nicht (ebda.).

20) Z. B. Ersitzung, grundlose Bereicherung, Eigenthumsverwirkung wegen vorzeitiger Wiederverehelichung u. s. w.

21) Diese Erinnerung erscheint nothwendig, weil das Gesetz von den Erfordernissen einer Privattabularurkunde nur in dem Falle spricht, wenn ein Vertrag den Eigenthumstitel bildet.

22) Hofd. v. 11. Aug. 1827 Nr. 2300 J.-G.-S. G.-B.-G. §. 33 lit. d. Gesetz v. 9. Aug. 1854 §. 178.

23) Ges. v. 9. Aug. 1854 §. 178, G.-B.-G. §. 33 lit. d.

24) Hofd. v. 18. Juni 1813 Nr. 1054 J.-G.-S. G.-B.-G. §. 33 lit. b.

25) G.-B.-G. §. 33 lit. c.

26) G.-B.-G. §. 33 lit. d.

nisse[27]) und Notariatsurkunden[28]). Solche öffentliche Urkunden bedürfen einer besonderen Beglaubigung ihrer Echtheit nicht[29]), da sie gesetzlich einer höheren Beweiskraft, als sie Privaturkunden zukommt, genießen (§. 133 A. G.-O.); es genügt daher, daß sie in der gesetzlich hiefür bestimmten Form ausgefertigt worden sind (G.-B.-G. §§. 26, 31, 33)[30]) und die bezügliche behördliche Verordnung rechtskräftig ist[31]); auch ist, sobald sie die Verpflichtung zur Ueberlassung des Eigenthums enthalten, die Beifügung einer besonderen Intabulationsclausel nicht nöthig[32]), ausgenommen jedoch bei Notariatsurkunden und den amtlichen Ausfertigungen über solche bei Behörden geschlossenen Verträge, welche nicht executionsfähige Vergleiche sind (G.-B.-G. §. 33 lit. a.).[33])[34])

Besitzt der Erwerber zwar keine tabularmäßige, wohl aber eine glaubwürdige Urkunde über den Eigenthumstitel, z. B. einen von beiden Theilen unterschriebenen Kaufvertrag, so kann zwar von einer eigentlichen Intabulation nicht die Rede sein; allein da oft Gefahr am Verzug ist, indem ihm ein Anderer nach §. 440 b. G.-B. mit der Umschreibung oder mit der Intabulation eines jus in re zuvorkommen könnte, welches letztere er dann übernehmen müßte (§. 443), so gestattet das Gesetz auf Grund einer solchen Urkunde wenigstens eine bedingte Eintragung, d. h. eine Eintragung unter der Bedingung, daß binnen einer gewissen Frist der ordnungsmäßige Beweis über die in der Urkunde noch fehlenden Momente geliefert werde. Eine solche bedingte Eintragung wird Vormerkung oder Pränotation[35]), und die Beibringung der fehlenden Beweise die Rechtfertigung (Justificirung) der Pränotation genannt.

Damit eine Privaturkunde pränotationsfähig sei, muß sie wenigstens jene Punkte enthalten, welche zu einer beweiskräftigen Urkunde gehören,

---

27) Hofd. v. 30. April 1841 Nr. 529 J.-G.-S.

28) Not.-O. v. 21. Mai 1855 §. 2, N.-O. 1871 §. 2.

29) Klepsch S. 58. Wie, wenn eine Behörde in Vertretung des Aerars mit einem Privaten ein Privatrechtsgeschäft schließt? Die Urkunde ist als Privaturkunde anzusehen.

30) Klepsch S. 47, 48.

31) Aussez Landt.- und G.-B.-O. §§. 162, 167. Ueber Urtheile, die auf Eide lauten, vgl. denselben Tab.-Verf. §. 65.

32) Aussez Landt.- und G.-B.-O. §§. 162, 163 Note *.

33) Klepsch S. 47, 58, 59 und das S. 58 Note * mitgetheilte Hofd. v. 13. Juni 1828 Nr. 2346 J.-G.-S., Aussez §. 163 Note *.

34) Die in der Gesetzgebung sehr dürftig geregelt gewesene (böhm. Landtafelpat. §. 5), in der Praxis vielfach ventilirte Frage (vgl. Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 85, 1856 Nr. 91 [= Schimkowsky I. Nr. 573, Samml. I. Nr. 153]), auf Grund welcher Urkunde die Eröffnung eines neuen Grundbuchsfoliums für ein im Grundbuche noch nicht erscheinendes Grundstück begehrt werden könne (vgl. Turnes G.-Z. 1853 Nr. 131), ist nun geregelt durch Ges. v. 25. Juli 1871 Nr. 96, 19. Mai 1874 Nr. 70 R.-G.-B. Vgl. auch Entsch. G.-Z. 1874 Nr. 18 [= Sammlung XII. Nr. 5270].

35) Das böhm. Landt.-Pat. v. 1794 versteht unter Vormerkung die Intabulation und nennt die Pränotation Voranmerkung. Dieser schon in den späteren Gesetzen meistens vermiedene Sprachgebrauch wurde durch das Pat. v. 14. Febr. 1804 Nr. 652 J.-G.-S. definitiv beseitigt.

also den Namen der Parteien, das Grundstück, den Titel, das Datum[36]) und die Unterschrift der Parteien[37]) (§§. 26, 35 G.-B.-G.); es dürfen also fehlen: die Zeugenunterfertigungen[38]), bezw. die Legalisirung und die Intabulationsclausel.[39]) Die Pränotationsbewilligung muß, wie überhaupt jede Eintragungsbewilligung, sowohl dem Gesuchsteller, als dem Gegentheile zu eigenen Handen zugestellt werden. Die Rechtfertigung der Pränotation besteht darin, daß der Pränotationswerber binnen 14 Tagen von der erhaltenen Zustellung (welche Frist jedoch nach den für gerichtliche Fristen bestehenden Bestimmungen verlängert werden kann)[40]) gegen den Pränotaten eine ordentliche Klage auf Anerkennung der Richtigkeit des Eigenthumstitels[41]) und daß somit die Pränotation gerechtfertigt sei, bei dem ordentlichen Gerichte[42]) anbringt und hierüber ein siegreiches Urtheil erwirkt.[43]) In diesem Rechtfertigungsprocesse ist nicht nur die Echtheit der pränotirten Urkunde[44]) gerichtsordnungsmäßig zu erhärten[45]), sondern auch der Beweis zu führen, daß der Pränotationswerber schon

36) Nach §. 35 G.-B.-G. muß eine pränotationsfähige Urkunde wenigstens die Erfordernisse der §§. 26, 27 ebda. haben; §. 27 fordert aber ausdrücklich die Angabe von Ort und Zeit der Ausfertigung der Urkunde. Anders das Recht vor dem G.-B.-G. arg. §§. 114—117 A.G.-O., §§. 884, 885 b. G.-B. Klepsch S. 62, Kirchstetter S. 207.

37) Vgl. Pl.-Entsch. G.-H. 1870 Nr. 31 [= Schimkowsky II. Nr. 814]: Eine vom Aussteller nur mit Kreuzzeichen und nur von Einem Zeugen als Namensunterfertiger unterzeichnete Urkunde ist nicht pränotationsfähig. Entsch. G.-H. 1870 Nr. 62 [= Schimkowsky II. Nr. 823]: Eine nur mit dem Zunamen des Ausstellers unterzeichnete Urkunde ist nicht pränotationsfähig. Vgl. §§. 27, 35 G.-B.-G.

38) Insoweit überhaupt noch davon die Rede sein kann, daß sie als Erforderniß der Intabulirbarkeit erscheinen.

39) Vgl. Hofd. v. 29. Aug. 1818 Nr. 1488 §. 3, laut dessen außer der Provinz ausgestellte, aber nicht legalisirte Privaturkunden nur pränotirbar sind; Hofd. v. 13. Juni 1828 Nr. 2346, nach welchem gerichtliche Verträge außer dem Executionswege nur pränotirt werden können, wenn sie die Intabulationsclausel nicht enthalten.

40) Hofd. v. 18. Nov. 1796 Nr. 324 J.-G.-S., böhm. Landt.-Pat. §. 18 lit. d, G.-B.-G. §. 43; Swoboda Jurist XI, S. 436 fg., XII. S. 74 fg., Stubenrauch I. S. 840, Exner Pfandrechtspränot. S. 6, 53, Aussez §. 418 und Tab.-Verf. §. 135, Klepsch S. 73, 75, Kirchstetter S. 207. Um die Fristerstreckung zu erlangen, muß der Verhinderungsfall nach dem Hofd. v. 18. Nov. 1796 „durch glaubwürdige Urkunden" nachgewiesen werden. Die Fristverlängerungen sind bei der Realinstanz anzusuchen. Jur.-Norm §. 49; Aussez Tab.-Verf. §. 135, Klepsch S. 76.

41) Aussez Tab.-Verf. §. 136. G.-B.-G. §. 42: „Den Rechtsgrund."

42) G.-B.-G. §. 42: „bei dem zuständigen Gerichte." Dasselbe ist die Personalinstanz. §. 56 Jur. Norm.; vgl. böhm. Landt.-Pat. §. 18 lit. b; Hofd. v. 18. Nov. 1796 Nr. 324. Aussez Tab.-Verf. §§. 138—141 behauptet die Competenz der Realinstanz und will §. 56 J.-N. nur auf die pfandrechtliche Pränot.-Rechtfert.-Klage beziehen. Dagegen mit Recht Klepsch S. 71—73. Ueber den Fall, wenn zur Zeit der Pränotation die Klage schon anhängig ist, vgl. G.-B.-G. §. 44.

43) Auch die bloße Erwirkung des Erkenntnisses auf Ueberlassung der Sache gilt als Rechtfertigung; die letztere braucht also in dem Urtheile nicht besonders ausgesprochen zu sein. Pl.-Entsch. G.-Z. 1858 Nr. 9 = Sammlung I. Nr. 439.

44) Vorausgesetzt, daß sie nicht legalisirt ist.

45) Die Pränotation ist nicht gerechtfertigt, wenn sich die pränotirte Urkunde im Rechtfertigungsproceß als unecht erweist, möchte auch der Anspruch auf anderem Wege erwiesen und als statthaft erkannt worden sein. Entsch. G.-Z. 1867 Nr. 35 [= Sammlung V. Nr. 2658].

am Tage der erwirkten Pränotation einen Anspruch auf Ueberlassung des Eigenthumsrechtes hatte.[46]) Einwendungen gegen den Bestand des prä- notirten Rechtes sind zulässig, wenn auch der Beklagte gegen den Bescheid, wodurch die Vormerkung bewilligt wurde, den Recurs nicht oder ohne Erfolg ergriffen hatte (G.-B.-G. §. 42 Abs. 2 a. E.). Diese processua- lische Rechtfertigung kann auch durch eine freiwillige, in tabularmäßiger Form vom Pränotaten ausgestellte Rechtfertigungserklärung ersetzt werden (§. 41 lit. a G.-B.-G.).[47]) Die gerichtliche oder außergerichtliche Recht- fertigungserklärung soll dann auch intabulirt werden[48]), damit die Er- füllung der Bedingung und damit die Umwandlung der Pränotation in eine Intabulation bücherlich ersichtlich werde; in Wahrheit ist jedoch die Bedingung schon mit der erlangten urtheilsmäßigen oder freiwillig aus- gestellten Rechtfertigungserklärung erfüllt.[49])

Die Wirkung der Pränotationsrechtfertigung besteht darin, daß (wegen der rückwirkenden Kraft der Bedingung) der Pränotationswerber schon von dem Momente der Pränotation als Eigenthümer an- gesehen wird, die Pränotation mithin als Intabulation gilt. Darum sind die seit diesem Zeitpunkte gegen den Pränotaten erfolgten Schuld- und andere Intabulationen auf Grund der nachgewiesenen Rechtfertigung ohne weiteres zu löschen. §. 438 i. f. b. G.-B. sagt zwar, daß der Pränotant schon „von der Zeit des nach gesetzlicher Ordnung einge- reichten Vormerkungsgesuches für den wahren Eigenthümer gehalten“ werde; allein da die auf denselben Tabularkörper sich beziehenden Ein- tragungsgesuche nach der Reihenfolge ihres Einlangens zu erledigen und, wenn statthaft befunden, zu vollziehen sind, so ist damit (arg. §. 440) nur gesagt, daß die seit der Ueberreichung des Pränotationsgesuches gegen den Pränotaten angesuchten weiteren Eintragungen, weil sie jedenfalls erst nach der erfolgten Pränotation zur Vollziehung kommen, dem Prä- notanten, dem die Rechtfertigung gelang, nicht mehr schaden können.[50])

---

46) Ist der Anspruch zwar erwiesen, war er aber am Tage der Pränotation noch nicht fällig, so kann die Pränotation (wegen der rückwirkenden Kraft der Recht- fertigung) nicht als gerechtfertigt an- gesehen werden. Unger §§. 408, 409, Tab.-Verf. §. 137, Klepsch S. 62 Note * und S. 79. Dagegen Kirchstetter S. 207, 208, Entsch. G.-Z. 1873 Nr. 99 (Spr.- Rep. Nr. 61 [= Samml. XI. Nr. 5120]).

47) Unger §. 401, Tab.-Verf. §. 132, Klepsch S. 68, Ellinger ad §. 439, Kirchstetter S. 207, Exner Pfand- rechtspräu. S. 6, 12, Hofd. v. 13. Febr. 1824 Nr. 1988 J.-G.-S.

48) G.-B.-G. §. 46. Böhm. Landt.- Pat. §. 18 lit. f. Die Eintragung des Urtheils kann auch begehrt werden, wenn mittlerweile das Grundstück auf einen Anderen übergegangen ist. Entsch. G.-Z. 1861 Nr. 103, 1864 Nr. 91 [= Samm- lung III. Nr. 1324, IV. Nr. 1845].

49) Diese Eintragung kann also nicht als wesentlich angesehen werden (Pl.- Entsch. G.-H. 1861 Nr. 11 [Fehlt in den Sammlungen], G.-Z. 1863 Nr. 96, Entsch. G.-Z. 1861 Nr. 103, G.-H. 1865 Nr. 7 [= Sammlung IV. Nr. 1687, III. Nr. 1324, die letzte Entsch. fehlt in den Sammlungen]). Dies gilt auch dann, wenn das Grundstück mittlerweile auf einen Anderen übergegangen ist (Entsch. G.-H. 1867 Nr. 32 [= Sammlung V. Nr. 2570]).

50) Sie können ihm selbst dann nicht schaden, wenn sie gegen die Ordnung noch vor der Pränotation vollzogen wor- den wären, weil über die Rangordnung unbedingt die Priorität des Ansuchens entscheidet. Unger §. 217.

Die vor Anbringung des Pränotationsansuchens gegen den Pränotaten angesuchten Eintragungen können auch nach dieser Anbringung vollzogen werden. Auch der Umstand, daß selbst im Falle unbedingter Eintragung das Eigenthum erst von der Vollziehung der letzteren datirt (§. 431), beweist, daß der Pränotant erst von der Pränotation an als Eigenthümer anzusehen ist, da die bedingte Eintragung doch nicht wohl weitergehende Wirkungen haben kann, als die unbedingte; auch §. 441 datirt die eigenthümlichen Wirkungen des sogenannten Tabularbesitzes erst von der Eintragung.[51]) Der Zeitpunkt der Anbringung des Pränotationsgesuches entscheidet also nur über den Vorrang collidirender Tabularansprüche (§. 440).[52])

Hat dagegen der Pränotant die ihm zur Rechtfertigung zustehende Frist versäumt[53]), oder ist er in dem Rechtfertigungsprocesse sachfällig geworden, oder hat er auf sein Recht verzichtet, so ist eben die Bedingung, unter welcher er das Eigenthum erlangen soll, nicht erfüllt, und die Pränotation kann nun auf Anlangen des Pränotaten gelöscht werden.[54]) Wohl kann der Pränotant im ersten Falle die Pränotation erneuern, allein die mit der Ueberreichung des früheren Pränotationsgesuches verbunden gewesene Priorität ist verloren. Auch kann ihn der Pränotat, um weitere derlei Pränotationserneuerungen unmöglich zu machen, mit der Aufforderungsklage zur endgiltigen Austragung des durch die Pränotation angemaßten Rechtes verhalten[55]) und das erwirkte gün-

51) Gewiß hat der Intabulirte die Eigenthumsklage erst von der Intabulation an, nicht schon vom Tage seines Ansuchens um die Intabulation. Auch kann er erst von der Intabulation an weitere bücherliche Rechte einräumen, obwohl um deren Intabulation kraft des erwähnten Prioritätsgrundsatzes schon von der Anbringung seines Intabulationsgesuches an nachgesucht werden kann.

52) Aussez §§. 408, 427 und Tab.-Verf. §. 74 versteht den §. 438 b. G.-B. nach seinem Wortlaut; ebenso ungar. G.-B.-O. §. 61, die darum §. 150 auch den Beginn der Tabularersitzung mit der Ueberreichung des Intabulationsgesuches eintreten läßt. Dagegen aber die Hofd. v. 29. Aug. 1818 Nr. 1488 §. 4, und 4. Juni 1819 Nr. 1567 J.-G.-S.

53) Doch ist auch die nach Ablauf der Frist, aber vor Anbringung des Löschungsgesuches oder am gleichen Tage mit diesem überreichte Klage noch rechtzeitig angebracht. G.-B.-G. §. 45 a. E. Die bei einem incompetenten Gerichte überreichte Rechtfertigungsklage unterbricht die Frist nicht (Entsch. G.-Z. 1859 Nr. 146 [= Sammlung II. Nr. 802]).

54) Vor der Löschungsbewilligung soll der Pränotant vernommen werden, weil möglicherweise die Klage bei einem anderen Gerichte überreicht oder die Frist sonst offen gehalten sein könnte. G.-B.-G. §. 45, Abs. 2. Entsch. G.-Z. 1857 Nr. 12 [= Sammlung I. Nr. 243]. Aussez Tab.-Verf. §. 143. Dagegen Klepsch S. 79, Entsch. G.-H. 1866 Nr. 103, 104 [= Sammlung V. Nr. 2641]. Vgl. auch Lekisch Jurist IX. S. 6 fg. Wurde das Gut, auf dem die Pränotation haftet, weiter veräußert, so ist nur der neue Eigenthümer zum Löschungsbegehren legitimirt. Pl.-Entsch. G.-H. 1861 Nr. 31 [= Sammlung III. Nr. 1279]. Die mit einem Supersatz behaftete Pränotation kann ohne Vernehmung des Superintabulirten gelöscht werden. Entsch. G.-Z. 1859 Nr. 81 [= Sammlung II. Nr. 775].

55) Hofd. v. 20. Juni 1818 Nr. 1468 J.-G.-S. Restitution kann zwar erwirkt

stige Erkenntniß bücherlich anmerken lassen (G.-B.-G. §. 48). In den anderen Fällen ist die Pränotationserneuerung unzulässig (G.-B.-G. §. 47).

Das durch die Pränotation erwirkte Recht ist, solange die Rechtfertigung nicht erfolgt ist, bedingtes Eigenthum.[56]) Ist aber der Pränotant bedingter Eigenthümer, so ist es auch der Pränotat.[57]) Daraus folgt, daß, so lange die Bedingung schwebt, sowohl gegen den ersteren, als gegen den letzteren weitere Intabulationen stattfinden können; nur sind sie ebenso bedingt, wie jenes Recht, auf welches sie sich stützen, und ihr Schicksal ist somit von dem Ausgang der Bedingung abhängig. Gelingt die Rechtfertigung, so sind alle seit der Ueberreichung des Pränotationsgesuches gegen den Pränotaten erwirkten Eintragungen, und zwar von Amtswegen zu löschen, während die gegen den Pränotanten erwirkten unbedingte Giltigkeit erlangen; gerade das Umgekehrte tritt ein, wenn die Pränotation nicht gerechtfertigt wird (§§. 438, 439 b. G.-B., §. 49 G.-B.-G.).[58])

Auch auf Grund öffentlicher Urkunden kann die Pränotation stattfinden, auch wenn ihnen die zur Intabulation erforderlichen Eigenschaften fehlen.[59]) Das gilt insbesondere von gerichtlichen Urtheilen, welche noch nicht in Rechtskraft erwachsen sind (§. 38 lit. a G.-B.-G.), in welchem Falle die Rechtfertigung durch das Executionsgesuch oder durch die gerichtliche Bestätigung der nachträglich eingetretenen Rechtskraft erfolgt (§. 41 lit. b G.-B.-G.)[60]) — ferner von gerichtlichen Verträgen, welche noch nicht executionsfähig sind und der Intabulationsclausel ermangeln.[61])

---

werden (Hofd. v. 8. Jänner 1795 Nr. 213); allein die Priorität bleibt doch verloren. Entsch. G.-Z. 1862 Nr. 134 [= Sammlung IV. Nr. 1532].

56) Aussez Tab.-Verf. §. 74. Dagegen Klepsch S. 61, 62, der ein bedingtes Eigenthum für einen Widerspruch im Begriff erachtet, da nur die Erwerbung eine bedingte sein könne; der Eigenthumserwerb erfolge auch im Falle der Pränotation erst durch die Intabulation des Rechtfertigungserkenntnisses, und die Pränotation bestimme nur die Priorität. Gegen ihn die richtigen Bemerkungen bei Kirchstetter S. 207 Note 4.

57) Aussez Tab.-Verf. §. 74.

58) Entsch. G.-Z. 1859 Nr. 81 [= Sammlung II. Nr. 775], Aussez Landt.- u. G.-B.-O. §§. 427, 428, 430, Tab.-Verf. §§. 75, 145, Klepsch S. 68.

59) Vgl. Klepsch S. 58, 59.

60) Hofd. v. 24. Dec. 1789 Nr. 446 J.-G.-S. Aussez §§. 176, 398.

61) Hofd. v. 13. Juni 1828 Nr. 2346 J.-G.-S. — Das Hofd. v. 21. Juli 1797 Nr. 360 J.-G.-S. erklärt für pränotationsfähig auch die einen halben Beweis bildenden Urkunden, z. B. Handelsbuchauszüge; letztere sollen aber zu diesem Zwecke mit der gerichtlichen Bestätigung ihrer Uebereinstimmung mit dem Handelsbuche versehen sein (Hofd. v. 20. März 1794 Nr. 164 J.-G.-S.), eine Bestimmung, die verschiedene Auslegungen erfuhr. Jedenfalls bezog sie sich nur auf Auszüge aus Handelsbüchern, nicht auch auf Gewerbebuchsauszüge (Entsch. G.-H. 1871 Nr. 47 [= Schimkowsky III. Nr. 34]). Mit dem jetzt geltenden Recht scheint die Pränotirbarkeit der Handelsbuchauszüge nicht mehr vereinbar, a) weil G.-B.-G. §. 27 die Datirung der Urkunde verlangt; Handelsbücher (die eigentliche Urkunde) sind aber nicht datirt, enthalten bei der doppelten Buchhaltung nicht einmal das Datum des Geschäfts; b) weil G.-B.-G. §. 36 zur Pränotirbarkeit die Bescheinigung des Pfandrechtstitels verlangt und c) im §. 38 die pränotirbaren öffentlichen Urkunden

Besitzt der Titelberechtigte über seinen Eigenthumstitel nicht einmal die zur Pränotation erforderliche glaubwürdige Urkunde, und weigert sich der Verpflichtete, ihm eine solche auszustellen, oder ist er abwesend u. dgl., so bleibt dem Ersteren nichts übrig, als gerichtlich auf Gestattung der Umschreibung zu klagen und sodann diese Umschreibung auf Grund des erwirkten rechtskräftigen Urtheils zu bewirken (§. 436). Da aber auch hier wegen der Möglichkeit mittlerweiliger Belastungen oder der Veräußerung des Grundstückes selbst Gefahr am Verzuge sein kann, so ist die Frage aufgeworfen worden, ob und wie solchen Gefahren vorgebeugt werden könne. Diese Frage ist öfters dahin beantwortet worden, das geeignete Mittel bestehe in der Streitanmerkung.[62]) Allein die bestehenden Tabulargesetze kennen dieses Institut nur in dem Falle, wenn ein bücherliches Recht entweder wegen ursprünglicher Ungiltigkeit[63]), oder wegen einer erst später eingetretenen Erlöschungsthatsache angefochten und dessen Löschung begehrt wird[64]); wo die Klage auf Ueberlassung eines bücherlichen Rechtes (oder auf dessen Belastung) gerichtet ist, erwähnen es die älteren Gesetze gar nicht[65]), und selbst das G.-B.-G. §. 70 gestattet die Anmerkung des anhängig gemachten Streites nur in dem Einen Falle des Anspruchs auf Intabulation, der „aus dem Grunde der Ersitzung" erhoben wird[66]); bei diesem Stande der Gesetzgebung kann,

---

taxativ aufzuzählen scheint, ohne der vidimirten Handelsbuchauszüge, die doch auch öffentliche Urkunden sind, zu gedenken. Vgl. Kaserer G.-Z. 1871 Nr. 95 und §. 21 Einf.-Ges. zum H.-G.-B. — Auf Grund des Licitationsprotokolls findet die Eigenthumspränotation nicht statt, weil (§. 339 A. G.-O.) erst die gerichtliche Einantwortung das Recht gibt, das Eigenthum des erstandenen Gutes zu erlangen (Entsch. G.-Z. 1873 Nr. 103 [= Sammlung X. Nr. 4787], vgl. auch §. 33 lit. d G.-B.-G.).

62) So Aussez §§. 526—529 und Tab.-Verf. §. 39 (arg. böhm. Landtafelpat. §. 33, böhm. Landt.-Instr. §§. 25, 26, 51), und sehr oft die Praxis. Vgl. z. B. Entsch. 1. und 2. Instanz G.-Z. 1869 Nr. 5, Sammlung I. Nr. 366, IV. Nr. 1707 (Klage auf Ueberlassung des bücherlichen Eigenthums), Entsch. G.-H. 1868 Nr. 22, 84 [fehlen in den Sammlungen] (Confessorische Klage, arg. Min.-Vdg. v. 19. Sept. 1860 Nr. 212, betreffend die bücherliche Anmerkung der Hypothekarklage). Pl.-Entsch. G.-H. 1870 Nr. 16 [= Schimkowsky II. Nr. 1403] (Confessor. Klage auf Grund der Ersitzung, arg. Hofd. v. 27. März 1846, 29. Aug. 1818), Pl.-Entsch. G.-H. 1870 Nr. 64 [= Schimkowsky I. Nr. 573, II. Nr. 1310] (Klage auf Eigenthumsüberlassung, weil die Anmerkung „nach ihrem Grund und Zweck überhaupt dann als zulässig erkannt werden muß, sobald durch eine anhängig gemachte Klage ein bücherliches Recht streitig geworden ist"). Aehnlich Entsch. G.-H. 1870 Nr. 74 [= Schimkowsky II. Nr. 1357].

63) Hofd. v. 29. Aug. 1818 Nr. 1488 §. 4 läßt die Streitanmerkung zu, wenn „die Giltigkeit einer der Landtafel oder dem Grundbuch einverleibten Urkunde" bestritten wird; ebenso G.-B.-G. §. 61.

64) Hofd. v. 27. März 1846 Nr. 951 gestattet die Anmerkung der Streitigkeit „in allen Fällen anhängiger Klagen auf die Löschung eines in die öffentlichen Bücher einverleibten Rechtes". Vgl. G.-B.-G. §§. 69, 70 („aus dem Grunde der Verjährung", „aus dem Grunde der Ersitzung").

65) Vgl. selbst die ungar. G.-B.-O. §§. 148—155.

66) Der Fall geht aber kaum über die schon im älteren Recht aufgestellte Regel hinaus, da es sich auch hier um eine Anfechtung des bestehenden bücherlichen Rechtes wegen der Ersitzung handelt. [Diese Bemerkung steht nur im Prager Collegienheft.]

so wünschenswerth auch die Zulässigkeit der Streitanmerkung in dem bezeichneten Falle sein mag[67]), dieses singuläre Rechtsinstitut auf denselben analog nicht ausgedehnt werden.[68]) Vielmehr bleibt dem Berechtigten, wenn der Grundeigenthümer während des Processes sein Grundeigenthum weiter belastet oder sogar verkauft und umschreiben läßt, nichts übrig[69]), als die Entschädigungsklage.

Die Urkunde, auf Grund deren eine Einverleibung oder Vormerkung erfolgen soll, muß dem Tabulargericht im Original vorgelegt werden; vidimirte Abschriften genügen nicht (§. 87 G.-B.-G., §§. 11, 18 böhm. Landt.-Pat., §. 3 kais. V. v. 16. März 1851 Nr. 67 R.-G.-B.). Nur in dem Falle, wenn die Urkunde, um deren Eintragung angesucht wird, darum nicht vorgelegt werden kann, weil sie sich eben bei einer anderen Behörde befindet[70]), kann die Eintragung auch blos auf Grund einer vidimirten Abschrift angesucht, die wirkliche Vornahme muß aber auch in diesem Falle bis zur Beibringung der Originalurkunde verschoben werden (§. 88 G.-B.-G., Hofd. v. 19. Jänner 1790 Nr. 1094 J.-G.-S. lit. e, böhm. Landt.-Pat. §. 18 lit. a, ung. G.-B.-O. §. 125).[71]) Das hiebei zu beobachtende Verfahren besteht darin, daß das Gesuch im Grundbuche zur Ersichtlichmachung der Rangordnung mit dem Beisatze: „bis zur Einlangung des Originals" angemerkt[72]), dem Eintragungswerber eine Frist zur Nachtragung der Originalurkunde gegeben[73]), und nach erfolgter Vorlage der letzteren die Pränotation oder Intabulation mit Berufung

67) Ausländische Tabulargesetze lassen die Streitanmerkung (Protestation) anstandslos in diesem Falle zu; s. z. B. sächs. Hyp.-Ges. §§. 24, 25 mit §. 23 Nr. 1.

68) So die Entsch. G.-H. 1870 Nr. 98, G.-Z. 1871 Nr. 47 (dazu die auf §. 440 hinweisenden Bemerkungen des Einsenders), 1873 Nr. 4, 28, 78, 85, Pl.-Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 71 = G.-H. 1869 Nr. 22 [= Schimkowsky II. Nr. 1311, III. Nr. 305, Sammlung X. Nr. 4757, XI. Nr. 4851, X. Nr. 4782, 4783, der letzteit. Fall fehlt in den Sammlungen], dazu auch Entsch. 2. Instanz in Sammlung I. Nr. 366. Zwei widersprechende Entscheidungen in G.-Z. 1870 Nr. 32 [= Schimkowsky II. Nr. 1355, 1356].

69) Unrichtig die Meinung (Schein Grundbuchsführung §§. 99—107), es könne die provisorische Sequestration des angesprochenen bücherlichen Rechtes unter den gerichtsordnungsmäßigen Voraussetzungen (Bescheinigung der Gefahr und Cautionsleistung, §. 293 A. G.-O.) bewilligt und ohne Ernennung eines Sequesters lediglich durch bücherliche Anmerkung des Bewilligungsbescheides im Wesentlichen mit den Wirkungen der Streitanmerkung (§. 33 böhm. Landt.-Pat.) vollzogen werden. Diese vorsichtsweise Sequestration ist durch die Hofd. v. 29. Aug. 1818 und 27. März 1846 vollständig beseitigt worden. Klepsch S. 88.

70) Der Fall kann sich insbesondere ereignen, wenn Jemand Eintragungen auf mehrere in verschiedenen Gerichtsbezirken liegende Güter verlangt. Aussez §. 121.

71) Eine Meinungsverschiedenheit darüber, ob dies nur von Pränotationen oder auch von Intabulationen gelte (Aussez §. 121 auch Note *, 391 Note *, Tab.-Verf. §. 54, Klepsch S. 65, Haan S. 175), wie sie nach den älteren Gesetzen sehr wohl möglich war, ist jetzt durch die Fassung des §. 88 cit. ausgeschlossen.

72) So schon (bevor noch die Frage in Gesetzen genau geregelt war) Aussez §§. 386—388 und Tab.-Verf. §. 55; während Klepsch sofort eine bedingte Pränotation (die sehr leicht den das Grundbuch Einsehenden irre geführt hätte) in das Grundbuch eingetragen wissen wollte.

73) Nämlich wenn die Urkunde nicht schon von Amtswegen von einem Grund-

auf die vorerwähnte Notirung vorgenommen wird, wogegen, wenn die (übrigens erstreckbare) Frist nicht zugehalten wird, das Gesuch abzuweisen und von Amtswegen die Löschung der erwähnten Anmerkung vorzukehren ist (G.-B.-G. §. 88).[74]) Befindet sich jedoch die Urkunde, auf Grundlage deren die Eintragung begehrt wird, bereits aus irgend einem anderen Anlasse bei dem Tabulargerichte, so kann die Eintragung mit bloßer Berufung auf dieselbe angesucht werden.[75])

Urkunden, welche in einer anderen als der Landes- oder Gerichtssprache ausgestellt sind, müssen auch in einer beglaubigten Uebersetzung vorgelegt werden (G.-B.-G. §. 89, Hofd. v. 22. December 1835 Nr. 109 J.-G.-S.).[76]) Fehlt die Uebersetzung, so ist das Gesuch zu notiren und im Uebrigen so wie da zu verfahren, wo es sich um Nachtragung einer Originalurkunde handelt (G.-B.-G. §. 89).

§. 228.*) Specielles Ansuchen.

Intabulationen wie Pränotationen erfolgen nicht von Amtswegen, sondern auf Ansuchen[1]) des hiezu Berechtigten (G.-B.-G. §. 76)[2]), da es ein Grundprincip des Rechtes ist, daß Privatrechte Niemandem aufgenöthigt werden. Es steht also demjenigen, welcher ein Grundstück erworben hat, frei, sich umschreiben zu lassen oder nicht, ohne daß er, wie dies nach manchen ausländischen Gesetzgebungen der Fall ist, wegen der Zögerung einer Strafe ausgesetzt wäre; die aus der Unterlassung der Umschreibung möglicherweise erwachsenden privatrechtlichen Nachtheile sind schon ein hinreichender Antrieb für den Erwerber, die Umschreibung nicht zu sehr hinauszuschieben. Eine ohne Ansuchen des hiezu Berechtigten vorgenommene Umschreibung wäre nichtig und müßte ohne Rücksicht auf den Ablauf der Verjährungszeit und ohne daß es nothwendig wäre, eine förmliche Löschungsklage anzubringen, auf die einfache Nullitätsanzeige hin wieder gelöscht werden.[3]) Selbst Rechte der Pupillen, für deren Sicherung das vormundschaftliche Gericht von Amtswegen zu sorgen hat, sind nur auf Ansuchen des Vormundes zur bücherlichen Eintragung zu

---

buchsgerichte, bei dem sie sich befindet, einzusenden ist (§. 88 G.-B.-G.). Vgl. Aussez §§. 389, 390, Tab.-Verf. §. 55, Klepsch S. 63, 64.

74) Aussez §. 389, Tab.-Verf. §. 56.

75) G.-B.-G. §. 88. Anders noch Aussez §. 121 Note 1, §. 122.

76) Aussez §. 98, Tab.-Verf. §. 58.

*) [Im Prager Collegienheft fehlen die §§. 228—231.]

1) Die Gesuche sind in Einem Exemplar zu überreichen und denselben so viele das im Gesuche gestellte Begehren in den wesentlichen Punkten angebende Rubriken beizulegen, als Verständigungen von der Gesuchserledigung stattzufinden haben. Statt der Rubriken können auch Abschriften des Gesuches beigelegt werden (G.-B.-G. §. 92). [Eintragungen von Amtswegen: Gesetz v. 23. Mai 1883 Nr. 82 R.-G.-Bl.]

2) Vgl. auch Pat. v. 14. Febr. 1804 Nr. 652 J.-G.-S. §. 2, Hofd. v. 19. Oct. 1795 Nr. 260 J.-G.-S. Aussez §. 91, Klepsch S. 107.

3) Vgl. den von Turnes Jurist XI. S. 337 mitgetheilten Rechtsfall, wo aber der Verfasser mit Unrecht eine Tabularersitzung des ohne Ansuchen eingetragenen Rechtes annimmt.

bringen, und das vormundschaftliche Gericht hat nur die Aufgabe, den säumigen Vormund hiezu anzuhalten.[4])

Aus diesem Grunde[5]) konnte nach dem früheren Rechte nur entweder die Intabulation oder die Pränotation bewilligt werden, je nachdem um die eine oder die andere nachgesucht worden war; wollte der Gesuchsteller, daß wenigstens die Pränotation bewilligt werde, wofern die Intabulation auf Grund der Urkunde nicht bewilligt werden konnte, so mußte das Gesuch alternativ auf beide gestellt werden[6]); hätte er nur um Intabulation angesucht, die Urkunde wäre aber so beschaffen gewesen, daß sie nur Grundlage der Pränotation hätte sein können, so konnte die letztere nicht bewilligt, sondern es mußte das Gesuch ganz abgewiesen werden.[7]) Anders jetzt, nach dem Vorgang der ung. G.-B.-O. §. 122, das G.-B.-G. §. 85 Abs. 3; hienach begreift das Begehren um Einverleibung jenes um Vormerkung stillschweigend in sich, wenn der Bittsteller die Vormerkung nicht ausdrücklich ausgeschlossen hat.[8])

---

4) Aussez §. 92.

5) Vgl. auch §. 229 a. A. und böhm. Landt.-Pat. §. 6, Entsch. G.-H. 1864 Nr. 28 [= Sammlung IV. Nr. 1508], Aussez §. 193. Besonders interessant §. 437 b. G.-B. (verb.: „nicht genug, daß die Anordnung des Erblassers überhaupt den öffentlichen Büchern einverleibt worden sei"). Er erklärt sich historisch so: Nach röm. Recht erlangte der Legatar das Eigenthum der vermachten Sache ipso jure durch den Erbschaftserwerb des Erben. Aus diesem Grunde scheint in der erneuerten böhm. L.-O. von 1627 und in den Landt.-Pat. für Niederösterreich v. 24. Nov. 1758 §. 13, und für Oberösterreich v. 7. Aug. 1762 die Bestimmung getroffen zu sein, daß die letztwilligen Anordnungen der begüterten Landstände gleich nach dem Tode des Erblassers von Amtswegen in die Landtafel eingetragen werden sollen. Diese Eintragung erzeugte allerdings sofort dingliches Recht. Darum bestimmte auch die Gerichtsinstruction v. 9. Sept. 1785 §. 43, daß die Verlaßabhandlungsbehörde, wenn in einem letzten Willen Vermächtnisse vorkommen, gleich nach dessen Publicirung von Amtswegen die Eintragung der Vermächtnisse auf die in dem Nachlaß etwa befindlichen landtäflichen oder grundbuchsmäßigen Realitäten vorzukehren habe. Das böhm. Landt.-Pat. aber (§. 39) und das Hofd. v. 26. Mai 1795 Nr. 230 J.-G.-S. bestimmten, daß durch diese Eintragung kein dingliches Recht erworben werde, daß aber diese officiose Eintragung allerdings auch fernerhin, jedoch nur in das Urkundenbuch, stattzufinden habe. So dauerte diese officiose Verpflichtung der Nachlaßbehörde bis in die neueste Zeit fort; sie wurde erst durch das Gesetz über das Verfahren außer Streitsachen von 1854 beseitigt, welches von einer solchen Verpflichtung der Verlaßbehörde nichts mehr sagt, nach welchem vielmehr (§. 178) der Legatar um seine Umschreibung auf Grund einer Bestätigung der Nachlaßbehörde speciell anzusuchen hat, welches specielle Ansuchen auch §. 437, im Anschluß an das cit. Hofd. von 1795, vorschreibt. Der Zweck der Eintragung, seitdem sie nicht mehr ein dingliches Recht wirkt, dürfte in Verbindung gestanden haben mit Hofd. v. 27. Mai 1782 Nr. 51 J.-G.-S. (Wessely II. S. 188), böhm. Landt.-Pat. §. 21, b. G.-B. §. 822, und zugleich damit beabsichtigt gewesen sein, von den über das unbewegliche Gut getroffenen Anordnungen des Erblassers auch die Realinstanz in Kenntniß zu setzen. Vgl. Aussez §. 94, Wessely a. a. O. Note *.

6) Hofd. v. 14. Febr. 1804 Nr. 652 §. 2, v. 16. April 1830 Nr. 2459 J.-G.-S. Aussez §§. 186, 187.

7) Hofd. v. 1. Juli 1835 Nr. 46 J.-G.-S. Aussez Tab.-Verf. §. 100. Eine gegentheilige Entsch. in der G.-Z. 1856 Nr. 109 [= Peitler 1. Aufl. Nr. 198].

8) Der Paragraph fährt fort: „Kann oder will der Bittsteller nur auf die

Das Ansuchen muß von demjenigen ausgehen, welcher nach allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen hiezu legitimirt ist, also entweder von dem Erwerber oder von seinem Rechtsnachfolger oder dem Veräußerer[9]) (vgl. §. 433 b. G.-B.). Ein Dritter kann nur, wenn er die dazu erforderliche Stellvertretungsbefugniß hat, das Ansuchen giltig stellen[10]); darum galt vordem selbst der Gläubiger nur dann als berechtigt, um die Umschreibung seiners Schuldners anzusuchen, wenn ihm dieser dazu eine ausdrückliche Vollmacht ertheilt und die bezügliche Tabularurkunde ausgehändigt hatte.[11]) Nach der G.-B.-O. §. 78 aber kann, wenn derjenige, an welchen eine Liegenschaft oder ein bücherliches Recht außerbücherlich gelangt ist, darauf ein Recht, welches Gegenstand der öffentlichen Bücher ist, einem Anderen eingeräumt hat, der letztere die Eintragung der Rechte seines Vormannes verlangen.[12])

Das Ansuchen muß wesentlich bei der competenten Behörde angebracht werden. Diese ist regelmäßig das das Grundbuch führende Gericht, das sog. Tabulargericht (die Realinstanz) (§. 75 G.-B.-G., §§. 49, 90 J.-Norm). Es gibt jedoch Fälle, in denen das Ansuchen bei einem von dem Tabulargericht verschiedenen Gerichte angebracht werden muß, welches dann auch ausschließlich zur Ertheilung der Intabulationsbewil-

---

Früchte der Liegenschaft ein dingliches Recht erwerben, so hat er dies ausdrücklich zu bemerken."

9) Aussez §. 102, Tab.-Verf. §. 49, Klepsch S. 109. Schon Aussez Tab.-Verf. §. 50 deducirt aus der Berechtigung des Rechtsnachfolgers des Erwerbers, um die Umschreibung nachzusuchen, für den Fall, als ein Grundstück auf mehrere Personen außerbücherlich übertragen worden ist, die Berechtigung des letzten dieser Uebernehmer, die bücherliche Uebertragung auf seine Person anzusuchen, was denn auch ung. G.-B.-O. §. 120, G.-B.-G. §. 22 ausdrücklich bestimmt. — Die Frage, ob der Veräußerer ohne weiteres berechtigt ist, die Umschreibung des Erwerbers zu erwirken, ist streitig; sie wird bejaht von Aussez §. 102 und Tab.-Verf. §. 49, Klepsch S. 109, verneint in der Entsch. G.-Z. 1858 Nr. 2 [= Sammlung I. Nr. 453] mit Berufung auf Hofd. v. 26. Febr. 1819 Nr. 1548. Sie ist zu bejahen, wenn der Erwerber dem Veräußerer ein Pfandrecht oder sonstiges bücherliches Recht zugesichert hat (also nicht zum Zwecke der Execution), G.-B.-G. §. 78.

10) „Zum Ansuchen um eine Eintragung im Namen desjenigen, dem sie zum Vortheil gereicht, genügt eine allgemeine Vollmacht. Gesetzliche oder gerichtlich bestellte Vertreter bedürfen keiner besonderen Ermächtigung, um die Eintragung von Rechten der ihrer Vertretung zugewiesenen Personen, oder die Löschung von Lasten des ihrer Verwaltung anvertrauten Vermögens zu bewirken." G.-B.-G. §. 77. Ebenso schon ung. G.-B.-O. §. 119, Aussez Tab.-Verf. §. 49. — Ueber Einverleibungen auf Grund von Urkunden eines Machthabers gegen einen Machthaber G.-B.-G. §. 31. Vgl. Aussez §. 103 Note 2, §. 149, Klepsch S. 110 Note **. Inwiefern Minderjährige oder Curanden ohne Intervention ihrer Vertreter einschreiten können, ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen; vgl. Aussez §. 104, Klepsch S. 109.

11) Der Gläubiger war nicht einmal berechtigt, den Schuldner auf Erwirkung der Umschreibung zu belangen. Kitka Jurist VI. S. 347—356.

12) Eine besondere Bestimmung des G.-B.-G. (§. 79) geht dahin, daß auch der Bürge, wenn der Gläubiger das ihm eingeräumte Recht zur Erlangung des Pfandrechts an der Liegenschaft oder dem bücherlichen Recht seines Schuldners nicht ausübt, im Namen des Gläubigers die Eintragung begehren kann.

ligung competent ist, so daß dem Tabulargerichte nur die Vollziehung zukommt. Solche Fälle sind:

a) die Intabulation eines rechtskräftigen Urtheils muß bei dem Erkenntnißrichter angesucht werden (A.-G.-O. §§. 302—304, Hofd. v. 10. Nov. 1804 Nr. 702 J.-G.-S., Jur.-Norm §. 69, vgl. §. 70);

b) der Erbe, welcher auf Grund der Erbschaftseinantwortungsurkunde die Umschreibung auf die Nachlaßgüter erwirken will, muß das Ansuchen bei dem Nachlaßabhandlungsgerichte stellen (Pat. v. 9. Aug. 1854, §. 177), während der Legatar sich von demselben nur die Bestätigung, daß er als Eigenthümer umschrieben werden könne, zu verschaffen, das Intabulationsansuchen aber unmittelbar bei dem Tabulargerichte anzubringen hat (§. 178 ebda.);

c) das Gesuch um Einverleibung einer Fideicommißschuld ist immer bei der Fideicommißinstanz zu überreichen (§. 246 ebda).[13])

§. 229. Gerichtliche Bewilligung.

Keine Eintragung in das öffentliche Buch darf ohne specielle Bewilligung des competenten Gerichtes vorgenommen werden; die eigenmächtige Eintragung durch den Grundbuchsführer hätte unausweichlich die Nichtigkeit derselben zur Folge. — Das Gericht ist bei der Bewilligung an das Begehren des Eintragungswerbers insoweit gebunden, als es nicht mehr[1]) als angesucht worden ist, bewilligen darf, selbst wenn der Gesuchsteller nach den beigebrachten Urkunden zu einem ausgedehnteren Begehren berechtigt wäre; es kann also, wenn nur um die Pränotation angesucht worden ist, die Intabulation nicht bewilliget werden, wenn sie auch nach dem Inhalte der Urkunde zulässig wäre (G.-B.-G. §. 96 a. E.)[2]), während allerdings, da (oben) das Begehren um Einverleibung in der Regel jenes um Vormerkung in sich begreift, die letztere, wenn sie zulässig ist, bewilligt werden muß, möchte immerhin nur um Einverleibung angesucht worden sein (G.-B.-G. §. 85). Zudem ist bestimmt (§. 97 G.-B.-G.): „Wenn aus einer Urkunde hervorgeht, daß dem Erwerber eines dinglichen Rechtes die Bewilligung zur Einverleibung ertheilt wurde, daß demselben aber zugleich Beschränkungen in der Verfügung über das erworbene Recht oder Gegenverpflichtungen auferlegt wurden, hinsichtlich deren die gleichzeitige Einverleibung für die daraus Berechtigten bedungen wurde, so darf die Eintragung seines Rechtes nicht bewilligt werden, wenn nicht zugleich hinsichtlich der bedungenen Beschränkungen oder Gegenverpflichtungen die Einverleibung oder nach der Beschaffenheit der Urkunde doch die Vormerkung angesucht wird. Das Ge-

---

13) Vgl. überhaupt Klepsch S. 113 bis 116, Auffez Tab.-Verf. §§. 90—96, und über die älteren hier einschlagenden Bestimmungen Auffez Landt.- und G.-B.-O. §§. 197—208.

1) Ist aus Irrthum weniger bewilligt worden, als die Urkunde ausweist und wirklich angesucht war, so ist über den Umfang des bücherlichen Rechtes nicht die Urkunde, sondern der gerichtliche Bescheid maßgebend Entsch. G.-Z. 1870 Nr. 30 [= Schimkowsky II. Nr. 1374].

2) Auffez §. 226, Tab.-Verf. §. 99, Klepsch S. 119.

such um die gleichzeitige Eintragung der gegenseitigen Rechte kann sowohl von dem einen als von dem anderen Theile angebracht werden." [3])

Hingegen ist, abgesehen von dem bereits erwähnten Falle des §. 85 G.=B.=G., weniger als angesucht worden, zu bewilligen, wenn nach Maßgabe der beigebrachten Urkunden oder nach dem Inhalt des öffentlichen Buches dem Begehren nicht im vollen Umfang stattgegeben werden kann, dasselbe sich aber doch zur theilweisen Bewilligung oder zur Bewilligung mit Beschränkungen und Vorbehalten eignet (§. 95 G.=B.=G.). [4]) Eignet sich das Begehren nicht einmal zur beschränkten Bewilligung, so ist es nicht zulässig, mittelst eines sog. Vorbescheides die Nachtragung des Fehlenden anzuordnen [5]), sondern es ist das Ansuchen mit Angabe der Gründe ganz abzuweisen (§. 95 G.=B.=G.). [6])

Das Gericht hat, bevor es dem Ansuchen stattgibt, sorgfältig zu prüfen, ob die zu einer giltigen Eintragung erforderlichen Voraussetzungen vorhanden sind, jedoch nur insoweit, als sich dies aus den ihm vorgelegten Actenstücken und ihrer Vergleichung mit dem Grundbuche ermitteln läßt (§. 94 G.=B.=G.) [7]), und ist für die Beurtheilung des Ansuchens der Zeitpunkt maßgebend, in welchem es bei dem Grundbuchsgerichte einlangt (§. 93 G.=B.=G.). Das Gericht hat also überhaupt zu untersuchen, ob das Gesuch und dessen Beilagen mit dem Grundbuche übereinstimmen [8]); insbesondere, ob der Tabularauctor bereits im öffentlichen Buche eingetragen ist [9]) (§. 432 b. G.=B.), ob der Ge=

3) Die Regel, daß sich der Tabularrichter an das Begehren der Parteien zu halten habe, erlitt eine verwandte Ausnahme schon in dem an das mährisch=schlesische und das böhm. O.=L.=G. gerichteten Min.=E. v. 24. Juli 1851 Z. 6772 (Hye's Sammlung IX. Nr. 1422), wonach im Falle der Umschreibung des Käufers eines Gutes auch die Gegenverbindlichkeiten desselben aus dem Kaufvertrage zur bücherlichen Sicherstellung von Amtswegen zu bringen sind, mag darin eine Hypothek ausdrücklich bedungen worden sein oder nicht. Diese nur als Normale den Gerichten mitgetheilte und (nach Klepsch S. 120) mit der kais. Vdg. v. 16. März 1851 „in einem nicht zu verkennenden Widerspruch" stehende Verordnung beruht auf der in der östr. Literatur wiederholt aufgetauchten Anschauung, daß in Böhmen, Mähren und Schlesien die Rechte des Verkäufers eines Gutes ein gesetzliches Pfandrecht an dem letzteren genießen. An diese Vdg. und an die ung. G.=B.=O. §. 130 lit. e knüpft nun das G.=B.=G. an.

4) Z. B. der Käufer langt an um Umschreibung des ganzen Gutes, der Verkäufer aber ist laut Grundbuchs nur Miteigenthümer zur Hälfte; oder der Gläubiger des Erben sucht die Eintragung seiner Forderung auf ein Gut an, welches er schon auf den Namen des Erben einverleibt hält, während es ihm erst angefallen ist (wo die Intabulation unter der Beschränkung des §. 822 b. G.=B. bewilligt werden kann). Vgl. Aussez §. 227, Tab.=Verf. §. 100, Klepsch S. 120.

5) Z. B. der fehlenden Vollmacht, der Großjährigkeitserklärung u. dgl.

6) So schon Hofd. v. 16. April 1830 Nr. 2459 J.=G.=S. Vgl. Aussez Tab.=Verf. §. 101.

7) Vgl. schon §. 61 böhm. Landt.=Instr. Darum darf die Umschreibung eines mit einem Vorkaufsrecht behafteten Gutes so lange nicht bewilligt werden, als nicht der Nachweis vorliegt, daß der Vorkaufsberechtigte von seinem Rechte keinen Gebrauch macht: Entsch. G.=H. 1871 Nr. 3 [= Sammlung VIII. Nr. 3943].

8) G.=B.=G. §. 94, vgl. böhm. Landt.=Instr. a. a. O. Aussez §. 241.

9) Ob der eingetragene Tabularauctor auch wirklich Eigenthümer ist, hat das Tabulargericht natürlich nicht zu unter=

suchsteller zum Ansuchen legitimirt ist, und, wenn er durch einen Stellvertreter einschreitet, ob die ordnungsmäßige Vollmacht vorliegt oder ein sonstiges Stellvertretungsrecht ausgewiesen ist[10]), ob die einzutragende Urkunde die gesetzlichen Förmlichkeiten enthält, namentlich ob darin ein giltiger Titel nachgewiesen erscheint. Die Prüfung der Giltigkeit des Titels involvirt jedoch nicht nothwendig auch die Prüfung sämmtlicher Erfordernisse des den Titel bildenden Rechtsgeschäfts, z. B. des Vorhandenseins des Willens und seiner Uebereinstimmung mit der vorliegenden schriftlichen Erklärung[11]), es sei denn, daß sich aus den vorliegenden Documenten ein Bedenken gegen deren Vorhandensein ergibt; darum ist ein besonderer Nachweis der Handlungsfähigkeit nur nothwendig, wenn der Aussteller der Urkunde im öffentlichen Buche oder in den Gesuchsbeilagen als minderjährig oder sonst handlungsunfähig bezeichnet erscheint[12]), und das Ansuchen ist abzuweisen, wenn sich das Geschäft offenbar als Scheingeschäft[13]), oder als gesetzlich unzulässig darstellt, oder das Dispositionsrecht des Tabularauctors fehlt[14]), oder die Urkundenzeugen offenbar bedenklich oder verwerflich sind[15]), oder die Rechtskraft des vorgelegten behördlichen Erkenntnisses nicht erwiesen vorliegt.[16]) Eine vorläufige Vernehmung der Parteien, um sich von dem Vorhandensein der inneren Momente des Geschäftes zu überzeugen, ist nicht zulässig[17]), und selbst bei Verbücherungen auf Staatsgütern ist die früher vorgeschrieben gewesene vorläufige Vernehmung des Fiscalamtes aufgehoben.[18]) — Diese dem Tabulargerichte von Amtswegen obliegende, auf die möglichste Zuverlässigkeit der öffentlichen Bücher abzielende Prüfung des Vorhandenseins der Voraussetzungen einer giltigen Eintragung, insoweit diese Prüfung nach der Actenlage möglich ist, bildet das Wesen des sog. Legalitäts-

---

suchen, sondern nur, ob der Auctor bereits eingetragen ist. Dies gilt auch, wenn dem Gerichte bereits bekannt wäre, daß er nicht Eigenthümer ist. Die Eintragung laborirt, wenn der Auctor nicht eingetragen ist, an einem sog. Nullitätsgebrechen.

10) Entsch. G.-H. 1871 Nr. 41 [= Schimkowsky III. Nr. 65].

11) Der Richter hat also nicht von Amtswegen die Echtheit der Unterschriften zu erheben, oder zu untersuchen, ob nicht Zwang oder Irrthum der Giltigkeit des Geschäftes entgegenstehen.

12) Entsch. G.-H. 1867 Nr. 103, 104 [fehlt in den Sammlungen], G.-Z. 1869 Nr. 85 [= Schimkowsky I. Nr. 23]. Vgl. §. 61 böhm. Landt.-Instr., wonach „der Referent darauf zu sehen hat, ob der Aussteller nicht noch derzeit unter der Vormundschaft oder Curatel stehe". G.-B.-G. §. 94 Z. 2: „kein gegründetes Bedenken gegen die persönliche Fähigkeit . . ."

13) Vgl. Entsch. G.-Z. 1853 Nr. 52, G.-H. 1870 Nr. 95 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 724, Schimkowsky II. Nr. 1411].

14) Aussez Tab.-Verf. §§. 78—89.

15) Aussez §. 150, Klepsch S. 54. Vgl. oben S. 44.

16) Vgl. Hofd. v. 10. Nov. 1804 Nr. 702 J.-G.-S.

17) Vgl. ung. G.-B.-O. §. 129. Anders nach manchen ausländischen, z. B. den preußischen Tabulargesetzen. Gerber §. 151, Note 6, Mittermaier §. 263.

18) Sie war rücksichtlich der Staats- und Fondsgüter durch Hofd. v. 21. Sept. 1798 Nr. 434 J.-G.-S. vorgeschrieben. Aufgehoben durch Hofd. v. 10. Jänner 1843 Nr. 671 J.-G.-S. (Klepsch S. 116 Note **).

princips der öffentlichen Bücher[19]), dessen Sanction dadurch noch erhöht wird, daß der Tabularrichter für den aus der Vernachlässigung dieser seiner Obliegenheiten den Parteien verursachten Schaden verantwortlich ist.[20])

Hat das Tabulargericht das Umschreibungsansuchen abgewiesen, so kann im Recurswege noch immer die Bewilligung beim höheren Gerichte erlangt werden. Dieser Recurs mußte vordem binnen 14 Tagen, jetzt muß er bei Zustellungen innerhalb des Oberlandesgerichtssprengels in 30, sonst in 60 Tagen bei dem Gerichte erster Instanz, mag es das Tabulargericht oder ein anderes sein, angebracht werden (Hofd. v. 10. März 1840 Nr. 415 J.-G.-S. — G.-B.-G. §§. 126, 127)[21]), und ließ die Frist vordem aus wichtigen Gründen auch eine Erstreckung zu (Pat. v. 14. Febr. 1804 Nr. 652 J.-G.-S. Nr. 4)[22]), während sie jetzt eine unerstreckbare ist (§. 81 G.-B.-G.). Da es sich aber ereignen kann, daß mittlerweile dritte Personen auf Grund des bestehenden Tabularstandes bücherliche Rechte erlangen, welche nach dem Grundsatze der entscheidenden Priorität des Anlangens bei dem Tabulargerichte der nachträglich im Recurswege bewilligten Intabulation nachstehen müßten, wodurch das Vertrauen in die öffentlichen Bücher auf das Empfindlichste geschädigt werden würde, so wurde angeordnet, daß jeder abweisliche Bescheid im Grundbuche zu notiren sei[23]), damit einerseits die Rangordnung der im Recurswege bewilligten Intabulation oder Pränotation in der Reihenfolge des ursprünglichen Anlangens gewahrt, andererseits aber

---

19) Vgl. Haan S. 54, Mascher S. 689 fg. — Dieses Princip tritt insofern als ein besonderes hervor, als der Tabularrichter innerhalb gewisser Grenzen die möglichen Einwendungen des Gegners (z. B. jene der mangelnden Handlungsfähigkeit, des fehlenden Willens oder Dispositionsrechtes) von Amtswegen berücksichtigen muß, während er doch nicht wie im Proceßwege auf bloße mündliche Angaben Recht ertheilen darf. Beides wird verständlich, wenn erwogen wird, daß hier ohne vorläufige Vernehmung des Gegners judicirt wird.

20) §. 1341 b. G.-B. Kais. Verordnung v. 12. März 1859 Nr. 46 R.-G.-B. Aussez §. 275 [und jetzt Ges. v. 12. Juli 1872 Nr. 112 R.-G.-Bl.]. Ebenso nach deutschen Tabulargesetzen; vgl. z. B. bayr. Hypothekengesetz §. 25 (Gerber §. 151, Note 2).

21) Schon das Pat. v. 14. Febr. 1804 schrieb die Ueberreichung des Recurses bei der ersten Instanz (doch binnen einer nur achttägigen Recursfrist) vor, und das Hofd. v. 23. Aug. 1842 Nr. 637 J.-G.-S. bestimmte, es seien die bei dem höheren Gerichte überreichten Recurse nicht zu beachten.

22) Daselbst ist ein besonderes Verfahren über solche Fristwerbungen vorgeschrieben. Vgl. Aussez §. 266 und Tab.-Verf. §. 120. Dagegen hält Klepsch S. 156 das cit. Pat. in dieser Richtung für aufgehoben schon durch das Hofd. v. 10. März 1840, welches an die Stelle der erstreckbaren Recursfrist von 8 Tagen eine unerstreckbare Frist von 14 Tagen gesetzt habe. Ebenso Pl.-Entsch. G.-Z. 1857 Nr. 127 (s. Peitler 1. Aufl. Nr. 235). Jedenfalls war nach Hofd. v. 8. Jänner 1795 Nr. 213 J.-G.-S. Wiedereinsetzung wegen versäumter Recursfrist zulässig, nur wurde dadurch die Priorität nicht gewahrt. Anders nach der G.-B.-O. §. 82: „Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der in diesem Gesetze bestimmten Frist ist nicht zulässig."

23) So schon Hofd. v. 21. Juni 1805 Nr. 734 J.-G.-S.: „Bei dem Bestande dreier Rubriken in der Landtafel ist jede abschlägige Entschließung in Landtafelsachen unter der einschlagenden Rubrik einzutragen."

Dritten die Möglichkeit geboten werde, sich von der im Zuge befindlichen, eventuell der Eintragung ihres bücherlichen Rechtes vorangehenden Intabulation Kenntniß zu verschaffen (G.-B.-G. §. 99[24]), Pat. v. 14. Febr. 1804 Nr. 652 §. 2, Hofd. v. 9. Aug. 1817 Nr. 1359, 16. April 1830 Nr. 2459 J.-G.-S.)[25]) Wird sodann vom Obergerichte die von der Tabularbehörde abgeschlagene Eintragung bewilligt, so ist sie in der Rangordnung des notirten, aber nunmehr zu löschenden abweislichen Bescheides vorzunehmen (G.-B.-G. §. 132)[26]); wird sie vom Obergericht ebenfalls verweigert, oder wurde der Recurs gar nicht oder verspätet eingebracht, so ist die Anmerkung von Amtswegen wieder zu löschen (G.-B.-G. §§. 131, 101, 127).[27]) Die Notirung abweislicher Bescheide hat auch stattzufinden, wenn eine in erster Instanz bewilligte und vollzogene Eintragung vom Obergerichte über Recurs des Gegentheils abgeschlagen (G.-B.-G. §. 133)[28]), oder wenn nach Vorschrift des Gesetzes das Eintragungsgesuch nicht unmittelbar bei der Realinstanz, sondern bei einem anderen Gerichte angebracht und von diesem abgewiesen wird; dieses Gericht hat seinen abschlägigen Bescheid an die Realinstanz zur Anmerkung im öffentlichen Buche zu übersenden (G.-B.-G. §. 100; ebenso schon Hofd. v. 10. März 1840 Nr. 415 J.-G.-S.).

Wird ein in erster Instanz abgewiesenes Eintragungsgesuch auch in zweiter Instanz abgewiesen, so findet nunmehr[29]) dagegen ein weiterer Recurs nicht statt (G.-B.-G. §. 130). Ueber die Unzulässigkeit der Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Recursfrist[30]) s. Note 22 a. E.

---

24) Diese Notirung findet jedoch nicht statt, wenn das Gut oder das Recht, auf welches die Eintragung begehrt wird, weder aus dem Gesuche noch aus den Beilagen ersichtlich, oder im Grundbuche nicht eingetragen, oder wenn es für eine andere Person eingetragen ist, als diejenige, gegen welche nach dem Inhalt der Urkunde die Eintragung erfolgen kann. §. 99 G.-B.-G.

25) Durch das Hofd. v. 1817 wurde das Institut der Anmerkung abweislicher Bescheide auf Umschreibungen ausgedehnt, und durch das Hofd. v. 1830 auch in Grundbüchern (im Gegensatz zu den Landtafeln) zugelassen.

26) Trotzdem möglicherweise die Abweisung der ersten Instanz von der dritten bestätigt werden kann. Geschieht dies, so ist sowohl die Anmerkung des abweislichen Bescheides, als auch die vom Obergerichte bewilligte Einverleibung oder Vormerkung zu löschen. G.-B.-G. §. 132. Mit der Vollziehung der vom höheren Richter bewilligten Umschreibung sind zugleich alle seit der Anmerkung des abweislichen Bescheides gegen den früheren Eigenthümer erwirkten Intabulationen und Pränotationen von Amtswegen zu löschen.

27) Anders nach dem Hofd. v. 14. Febr. 1804 §. 5, wonach die Löschung nur auf Anlangen des Gegentheils erfolgte.

28) Ebenso schon Hofd. v. 21. Juni 1805 Nr. 734 J.-G.-S. Anders die ung. G.-B.-O. §. 146 lit. b. — Wenn dagegen die in erster Instanz bewilligte Löschung in zweiter Instanz aufgehoben wird, ist die gelöschte Einverleibung wieder herzustellen, wiewohl noch ein weiterer Recurs offen steht. G.-B.-G. §. 133 a. O.

29) Nach dem früheren Rechte waren außerordentliche Recurse an die dritte Instanz zulässig. Vgl. Hofd. v. 7. April 1785 Nr. 405 J.-G.-S. Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 1 [= Sammlung VI. Nr. 2860]. Auffez §. 264, Wehli G.-H. 1869 Nr. 12.

30) Anders nach dem bis zum G.-B.-G. geltenden Rechte. Hofd. v. 8. Jänner 1795 Nr. 213 J.-G.-S. lit. b, und zwar unter den Voraussetzungen der Wiedereinsetzung wegen verstrichener Fallfrist, gewiß nicht

§. 230. Die Eintragung.

Nach erfolgter gerichtlicher Bewilligung hat die Eintragung des neuen Eigenthümers im Grundbuche zu geschehen, und zwar ganz in Gemäßheit des gerichtlichen Bescheides (G.-B.-G. §§. 102, 98), daher beschränkt, wenn dieser nur beschränkt lautet.[1]) Wäre die Eintragung zwar bewilligt, aber aus Versehen unterlassen worden, so erlangt der Gesuchsteller das angesuchte dingliche Recht nicht; jedoch steht es ihm frei, bei Entdeckung dieser Unterlassung die wirkliche Eintragung zu jeder Zeit, und zwar ohne Rücksicht auf die mittlerweile von Dritten im Vertrauen auf den Grundbuchstand erlangten bücherlichen Rechte zu verlangen.[2])

Die bewilligte Eigenthumseintragung erfolgt im Grundbuche in der sog. Eigenthümerrubrik[3]), in welcher auch die Streitanmerkung wegen bestrittenen Eigenthums, die Anmerkung abweislicher Bescheide wegen abgewiesener Eigenthumsintabulation und Pränotation und die Anmerkung des Recurses einzutragen ist.[4]) Eine Ausnahme davon macht nur der Fall, wenn die Eigenthumsübertragung eine Abtrennung eines Theiles des im Grundbuche eingetragenen Grundstücks, oder umgekehrt eine Vereinigung eines anderen Grundstücks mit dem im Grundbuche eingetragenen ist; in diesen Fällen (der sog. Ab- und Zuschreibung) geschieht die Eintragung in der sog. Besitzstandsrubrik.[5]) Bei jeder solchen Zuschreibung

auch wegen neu aufgefundener Behelfe (Aussez §. 269, Tab.-Verf. §. 116). Doch wollte schon Aussez §. 269 und, wie es scheint, auch Haan S. 268 das Hofd. v. 1795 dahin verstehen, daß Restitution in Landtafelsachen ganz ausgeschlossen sei (dagegen mit Recht Klepsch S. 156 und vgl. Pat. v. 9. Aug. 1854 §. 17), und noch später wurde die Ansicht vertreten, das Hofd. sei durch §. 1450 b. G.-B. und Hofd. v. 20. Juni 1818 Nr. 1468 J.-G.-S. aufgehoben worden (G.-Z. 1858 Nr. 42). Dagegen aber G.-Z. 1859 Nr. 82, 83.

1) Von dieser Art ist die Ersichtlichmachung der Zeitlichkeit des Eigenthums und die (im §. 158 Ges. v. 9. Aug. 1854 angeordnete) Intabulation der Substitutionen, letztwilligen Bedingungen, Befristungen und Auflagen, die im §. 1236 b. G.-B. normirte Eintragung des ehegattlichen Miteigenthums, die Eintragung des interdictum de non alienando (vgl. Entsch. G.-Z. 1856 Nr. 18 [= Sammlung I. Nr. 116] u. a.). Sie erfolgen in der Eigenthümerrubrik, dagegen die Anmerkung des Fideicommiß- und Lehenbandes in der Besitzstandsrubrik.

2) Vgl. Entsch. G.-Z. 1866 Nr. 21 [= Sammlung V. Nr. 2338], welche einem Gläubiger, dessen angesuchte und ihm bewilligte Intabulation des Pfandrechts aus Versehen des Grundbuchsgerichtes nicht vollzogen worden war, die Priorität vor dem später angesuchten und wirklich intabulirten Pfandrecht anderer Gläubiger trotz mehr als dreijährigen Bestandes dieser Intabulationen zuerkannte.

3) Aussez Tab.-Verf. §. 154, welcher (§. 9) nicht mit Unrecht bemerkt, daß der Ausdruck „Eigenthümerrubrik" richtiger sei, als „Eigenthumsrubrik".

4) Hofd. v. 21. Juni 1805 Nr. 734 J.-G.-S. Aussez Tab.-Verf. §§. 11, 16.

5) Aussez Tab.-Verf. §§. 11, 20 und Landt.- und G.-B.-O. §. 332. Einen besonderen hieher gehörigen Fall bildet die Abschreibung aus Anlaß der Expropriation zur Anlegung einer öffentlichen Straße oder einer sonstigen res publica, welche ohne Eröffnung eines neuen Grundbuchsfoliums und ohne Uebertragung der darauf haftenden Lasten geschieht (Hofd. v. 18. Febr. 1847 Nr. 1036 und 8. Nov. 1842 Nr. 654 J.-G.-S. Vgl. Entsch. G.-H. 1868 Nr. 83 [= Sammlung VI. Nr. 3109]. Nach

muß aber auch die entsprechende Abschreibung bei jenem Grundstücke, von welchem die Abtrennung stattfindet, oder, wenn sie eine bloße Vereinigung verschiedener Grundbuchskörper ist, die Löschung in dem betreffenden Folium vorgekehrt werden[6]); ohne die Abschreibung oder Löschung wäre die Zuschreibung nicht giltig, und es müßten auch alle weiteren darauf gestützten Eintragungen ohne Rücksicht auf das Vertrauen in das öffentliche Buch als nichtig behandelt werden.[7]) Außerdem ist bei jeder solchen Zuschreibung die Zustimmung der auf dem abzutrennenden oder zu löschenden Stücke versicherten Gläubiger[8]), und wo Zerstückungen nur mit administrativer Bewilligung erfolgen können, auch die letztere nothwendig.[9]) Handelt es sich hingegen um eine bloße Zerstückung, dann geschieht die Umschreibung lediglich durch die Eröffnung eines neuen Grundbuchsfoliums für die einzelnen Stücke und durch die Abschreibung derselben in dem bis-

---

§. 74 G.-B.-G. ist jede solche Ab- und Zuschreibung oder Eröffnung einer neuen Einlage nur dann zulässig, wenn der abzutrennende Theil genau, nöthigenfalls durch Pläne oder Mappen, von welchen eine Copie in der Urkundensammlung aufzubewahren ist, bezeichnet ist, und wenn die das Begehren begründenden Urkunden den zu einer Einverleibung des Eigenthumsrechtes vorgeschriebenen Erfordernissen entsprechen. — Zweckmäßig schreibt §. 123 Nr. 5 ebenda vor, daß von jeder Ab- und Zuschreibung bezüglich einer Liegenschaft auch die Behörde, welcher die Führung des Katasters obliegt, in Kenntniß zu setzen ist.

6) Ueber die fehlerhafte Methode, derlei Abtrennungen dadurch zu bewirken, daß der Erwerber des abzutrennenden Stückes einfach nur in dem Folium des Grundstückes, von welchem die Abtrennung geschehen soll, neben dem Veräußerer als Eigenthümer eingetragen werde, vgl. Aussez Tab.-Verf. §§. 18, 19. Eine solche Eintragung eines zweiten Eigenthümers neben dem ersten ist nur bei der Veräußerung aliquoter Theile zulässig. Aussez §. 331 und Tab.-Verf. §. 17; vgl. ung. G.-B.-O. §§. 55, 57.

7) Entsch. bei Peitler Nr. 168 (1. Aufl.).

8) Vgl. Aussez §§. 332—334, Tab.-Verf. §. 20, Klepsch S. 33, 34, Pat. v. 1. Sept. 1798 Nr. 432 J.-G.-S. §. 847 b. G.-B. Auch wenn das Grundstück, mit welchem die Vereinigung stattfinden soll, ganz unbelastet ist und die Uebertragung der auf der zugeschriebenen Parcelle haftenden Hypotheken auf das ganze Grundstück beabsichtigt wird, ist die Zustimmung nothwendig, weil Niemandem Rechte aufgedrungen werden können. Entsch. O.-G. 1865 Nr. 57 [= Sammlung IV. Nr. 1537]. Vgl. ung. G.-B.-O. §. 56 lit. e: „Sollen Parcellen mit Uebertragung von Lasten einem ebenfalls belasteten Grundbuchskörper zugeschrieben werden, so ist das Einverständniß der beiderseitigen bücherlichen Gläubiger über die Rangordnung oder über das Verhältniß ihrer Rechte in Bezug auf den durch die Zuschreibung vergrößerten Grundbuchskörper erforderlich." Diese Bestimmungen gelten auch im Falle der Belastung mit Servituten, ausgenommen, es wäre der Grundbuchskörper, mit welchem die Vereinigung stattfindet, gar nicht oder nur mit Servituten belastet. Diese Ausnahme erklärt sich damit, daß sich Servituten auch auf beliebige Theile des Grundbuchskörpers beziehen können, und durch die Vereinigung mit einem anderen Grundstücke keine Veränderung erleiden (b. G.-B. §§. 485, 847). Nicht das Gleiche gilt von dem Falle der Expropriation, wo die lastenfreie Abschreibung geschehen muß (Aussez §. 338).

9) Zu Abtrennungen von landtäflichen Gütern ist eine politische Abtrennungsbewilligung und der Nachweis der erfolgten Abschreibung im Landeskataster nicht mehr nothwendig; ersteres, weil die Vdg. v. 30. Juni 1858 Nr. 100 R.-G.-B. durch das Ges. v. 20. Dec. 1869 Nr. 152 §. 2 aufgehoben worden ist (Pl.-Entsch. O.-H. 1871 Nr. 35 [= Sammlung IX. Nr. 4102]).

herigen Grundbuchsfolium[10]); in diesem Falle ist die Zustimmung der Pfandgläubiger nur dann nothwendig, wenn einzelne dieser Stücke von den Hypotheken frei werden sollen[11]); wird diese Befreiung nicht beabsichtigt, so sind die bücherlichen Lasten in die neuen Grundbuchsfolien zu übertragen, wodurch sog. Simultanhypotheken entstehen.[12])

---

10) Aussez §. 332, Tab.-Verf. §. 20; vgl. ung. G.-B.-O. §. 55.

11) Mit Unrecht behauptete Aussez §. 333, daß die Zustimmung der Tabulargläubiger immer nothwendig sei, und (§. 334) daß die Servitutsberechtigten immer zustimmen müssen; vgl. dagegen §§. 485, 847 b. G.-B. und ung. G.-B.-O. §. 56 lit. d. Doch für Aussez' Ansicht Entsch. G.-H. 1867 Nr. 65 [Fehlt in den Sammlungen] arg. einer (nicht kundgemachten) J.-M.-V. v. 6. Juni 1866 Z. 5928; ebenso schon Entsch. G.-Z. 1865 Nr. 57 [= Sammlung IV. Nr. 1537]. S. jedoch jetzt Gesetz vom 6. Februar 1869 Nr. 18 R.-G.-B. §. 1, wo die Zustimmung der Tabulargläubiger ausdrücklich als nicht erforderlich erklärt ist, wenn die Zerstückung mit Uebertragung des Pfandrechtes auf die einzelnen Stücke in der Eigenschaft von Simultanhypotheken geschieht.

12) Durch das in der vorigen Note cit. Gesetz v. 6. Febr. 1869 (vgl. dazu die Durchführungsverordnung des J.-M. v. 16. April 1871 Z. 3003) wurde theils das bis dahin geltende Recht codificirt, theils auch neue Bestimmungen betr. die Rechte und das Verfahren bei der grundbücherlichen Zertheilung einer Liegenschaft eingeführt. Danach hat der Besitzer des Gutes, welcher von demselben einen Theil trennen will, jenen Personen, für welche dingliche Rechte auf dem Gute eingetragen sind, seinen Willen durch die Tabularbehörde mit der Aufforderung bekannt zu machen, allfälligen Einspruch gegen die Trennung so gewiß vor Ablauf einer den Umständen gemäß zu bestimmenden (mindestens 30 Tage betragenden) Frist bei dieser Behörde anzuzeigen, widrigens angenommen würde, daß der Aufgeforderte in die Trennung willige und sein Recht in Ansehung des Trennstückes mit dem Zeitpunkte aufgebe, in welchem die bücherliche Abschreibung erfolgt sein wird. (Hinsichtlich der Besitzer von Partialobligationen vgl. Ges. v. 24. April 1874 Nr. 49 R.-G.-B. §. 15.) Das Trennungsgesuch ist bei dem Gute, von welchem die Abtrennung geschehen soll, in dem öffentlichen Buche anzumerken. Diese Anmerkung hat die Wirkung, daß die späteren Eintragungen eines dinglichen Rechtes die Abtrennung nicht verhindern können. (Hierüber Randa G.-Z. 1872 Nr. 66.) (§. 3.) Ein rechtzeitig erhobener Einspruch hemmt die beabsichtigte Trennung. Durch Zahlung der Schuld oder durch ein gerichtliches Erkenntniß, welches den Einspruch für unwirksam erklärt, kann die Hemmung behoben werden (§. 7). Gläubiger, welche Einspruch erhoben haben, müssen, wenn ihre Forderung mit einem dem Betrage nach bestimmten Capital eingetragen ist, die Zahlung selbst dann annehmen, wenn die Zeit der Fälligkeit ihrer Forderung noch nicht eingetreten ist; doch bleibt ihnen das persönliche Recht auf Genugthuung wegen des durch vorzeitig erfolgte Zahlung etwa erlittenen Nachtheils vorbehalten (§ 8). Ist der Einspruch eines Gläubigers gegen die Vornahme eines Tausches von Grundstücken gerichtet, welche der landwirthschaftlichen Cultur gewidmet sind, so kann der Einspruch durch Erkenntniß der Tabularbehörde für unwirksam erklärt werden, wenn der Tausch geeignet ist, entweder eine Arrondirung oder eine bessere Bewirthschaftung der Besitzthümer der Tauschenden zu bewirken, und wenn in beiden Fällen durch den Tausch die Sicherheit der Forderung, wegen welcher Einspruch erhoben wurde, nach den Bestimmungen des §. 1374 b. G.-B. nicht gefährdet erscheint (§. 9). Die Abschreibung eines Stückes von einer bücherlichen Einlage und dessen Zuschreibung zu einer anderen oder die Eröffnung einer neuen Einlage für dasselbe ist mit einem einzigen Gesuche anzusuchen. Sind die Verfügungen darüber in den Büchern zweier Tabularbehörden zu vollziehen, so ist das Gesuch bei derjenigen zu über-

Jede Eintragung, also auch die Umschreibung, erfolgt im Grundbuche nur mit kurzer Angabe der wesentlichen Momente derselben, insbesondere des Datums und der Zahl des überreichten Gesuches, des Datums des gerichtlichen Bescheides, des Tages der erfolgten Eintragung, der Benennung der Urkunde, auf Grund deren die Eintragung geschieht, der Bezeichnung des durch die Eintragung erlangten Rechtes und seines Umfanges[13]) und des Namens des Berechtigten (§§. 5, 98, 103 G.-B.-G.)[14]); außerdem sind die bezüglichen Urkunden wörtlich in das sog. Urkundenbuch einzutragen, oder vidimirte Abschriften davon in der Urkundensamm-

---

reichen, bei welcher die Abschreibung erfolgen soll. Hat diese keinen Anstand gegen die Bewilligung, so hat sie die Abschreibung in dem Buche anzumerken und das Gesuch wegen Bewilligung und Vornahme der Zuschreibung oder Eröffnung einer neuen Einlage an die zweite Tabularbehörde mit dem Bemerken zu senden, daß gegen die Abschreibung kein Anstand obwalte. Die Anmerkung der Abschreibung hat die Wirkung, daß jede später auf das Gut erlangte Eintragung Wirksamkeit in Ansehung des Trennstückes nur für den Fall erlangt, als der Eintragung desselben in eine andere Einlage nicht stattgegeben wird (§. 13). Die zweite Tabularbehörde hat, wenn auch sie keinen Anstand findet, die Zuschreibung oder Eröffnung der neuen Einlage vorzunehmen und hievon die erste Tabularbehörde in Kenntniß zu setzen, welche sofort die angemerkte Abschreibung unter Angabe des Buches und der Einlage, in welcher der abgeschriebene Bestandtheil eingetragen worden ist, zu vollziehen und die Betheiligten hievon zu verständigen hat. Wird dagegen der Zuschreibung oder Eröffnung einer neuen Einlage nicht stattgegeben, so ist die erste Grundbuchsbehörde unter Angabe der Gründe in Kenntniß zu setzen und sie hat den Bittsteller mit Vorbehalt des Recurses zu verständigen. Beim Tausch von Parcellen steht den Betheiligten die Wahl frei, bei welcher der beiden Tabularbehörden sie das Gesuch überreichen wollen (§. 14). Mit dem Vollzuge der Abschreibung erlischt in Ansehung des abgeschriebenen Stückes die Wirksamkeit aller an dem Gute, bei welchem dieselbe erfolgt, bestehenden Eintragungen. Durch die Zuschreibung erlangen alle an dem Gute, bei welchem dieselbe erfolgt, bestehenden Eintragungen volle Wirksamkeit auch in Ansehung des zugeschriebenen Stückes (§. 15). Die politische Abtrennungsbewilligung bleibt vorbehalten (§. 16). — Vgl. noch Jud.-B. Nr. 70 (G.-Z. 1872 Nr. 85 [= Sammlung IX. Nr. 4056]): Zu der für die Bewilligung des Gesuches um Eröffnung einer neuen Einlage oder Zuschreibung erforderlichen Bescheinigung der weder aus dem öffentlichen Buche selbst ersichtlichen noch durch vollbeweisende Urkunden festgestellten Zugehörigkeit des Trennstückes zum Stammgut genügt die Vorlage des amtlich beglaubigten, diese Zugehörigkeit ergebenden Auszuges aus dem Kataster und nebstbei des von dem Gemeindeamt des Bezirkes der Stammrealität ausgestellten Zeugnisses, daß das Trennstück zur Zeit bei dem Stammgute bewirthschaftet und besteuert wird.

13) Daher bei Eintragung des Miteigenthums mit Angabe der Quote. Vgl. ung. G.-B.-O. §. 55 lit. b. Aussez §. 331.

14) Vgl. kais. Vdg. v. 16. März 1851 Nr. 67 R.-G.-B. §§. 6—9, ung. G.-B.-O. §. 130 lit. a. Aussez §. 582, Tab.-Verf. §. 160. — Eintragungen über gleichzeitig überreichte, auf denselben Grundbuchskörper sich beziehende Gesuche sind mit Bezeichnung dieser Gleichzeitigkeit vorzunehmen (G.-B.-G. §. 103) und begründen gleiches Recht (§. 29 ebda.). Was Rechtens ist, wenn das eine dieser Gesuche die Umschreibung oder Löschung, das andere eine Intabulation gegen den früheren Tabularbesitzer zum Gegenstande hat, darüber vgl. Turnes in Wagner's Ztschr. 1839 II. S. 252 fg.

lung zu hinterlegen.[15]) Der vorige Eigenthümer ist nicht etwa zu streichen[16]), da er schon durch die gesetzmäßige Eintragung eines Anderen als gelöscht anzusehen ist. Ueberhaupt dürfen im öffentlichen Buche unter keinem Vorwande Ausstreichungen, Correcturen, Rasuren und Zwischenschreibungen vorkommen, weil dadurch dessen Glaubwürdigkeit beeinträchtigt wird; sollte eine Verbesserung unausweichlich werden, so kann sie nur mit besonderer Bewilligung des Tabulargerichtes und mit Berufung auf dieselbe vorgenommen werden (G.-B.-G. §. 104).[17]) Die erfolgte Eintragung ist zugleich auf der dem Gesuchsteller zurückzustellenden Originalurkunde unter Beidrückung des Amtssiegels zu bestätigen (sog. Tabularcertificat). G.-B.-G. § 105.[18])

§. 231. Rechtskraft der Eintragung.

Die erfolgte Eintragung in das öffentliche Buch muß, um die ihr angemessene Wirkung hervorzubringen, auch in Rechtskraft erwachsen sein, d. h. sie muß sich in jenem Zustande befinden, in welchem sie durch einen Recurs an das höhere Gericht nicht mehr angefochten werden kann. Der Recurs steht demjenigen, gegen welchen die Eintragung erfolgt ist, also bei Umschreibungen dem vorigen Eigenthümer zu. Die Recursfrist beträgt dermalen[1]) bei Zustellungen innerhalb des Oberlandesgerichtssprengels 30 Tage, außerhalb desselben 60 Tage (G.-B.-G. §. 127). Die Frist beginnt mit dem Tage nach der Zustellung und läßt keine Erstreckung zu (ebda. §. 81). Der gerichtliche Bescheid muß nicht nur dem Gesuchsteller, sondern insbesondere auch Jenem, gegen welchen derselbe durch die Eintragung ein Recht erwerben soll, und zwar auf jene Art zugestellt werden, wie in Proceßfällen die erste in der Streitsache ergangene Verordnung zugestellt werden muß (G.-B.-G. §. 124, b. G.-B. §. 439)[2]), d. h. die Zustellung muß zu eigenen Handen des tabularischen Gegners, und wenn

---

15) Letzteres geschah schon seit der kais. Vdg. v. 16. März 1851 in Oesterreich ob und unter der Enns, Böhmen, Mähren, Schlesien, Steiermark, Kärnthen und Krain, — ferner in dem Geltungsgebiet der ung. G.-B.-O. — Das G.-B.-G. §. 90 bestimmt: Wenn Abschriften nicht beigebracht wurden, oder dieselben nicht brauchbar sind, so sind die Originale in der Urkundensammlung aufzubewahren, und die Parteien zu verständigen, daß es ihnen frei stehe, dieselben gegen nachträgliche Beibringung ordnungsmäßiger Abschriften zu erheben. Nur wenn eine Eintragung bei mehreren Grundbuchsgerichten erbeten wird und das Gesuch nebst der Originalurkunde von einem Gericht zum anderen gelangen soll, sind Abschriften gegen doppelte Gebühr von Amtswegen auszufertigen.

16) Schein Grundbuchsführung erzählt S. 54 Note *, er habe Grundbücher gesehen, in denen die Umschreibung dadurch vorgenommen wurde, daß der Name des Vormannes ausgestrichen und der des Nachfolgers darin aufgeschrieben wurde.

17) Auffez Tab.-Verf. §§. 150, 151.

18) Vgl. ung. G.-B.-O. §§. 136, 137, böhm. Landtafelinstr. §§. 17—20, Min.-Vdg. v. 30. Juni 1851 Z. 6471, Auffez §§. 600—605, Tab.-Verf. §. 171, Klepsch S. 152.

1) Früher 14 Tage. Hofd. v. 10. März 1840 Nr. 415 J.-G.-S.

2) Vgl. Hofd. v. 10. April 1813 Nr. 1037, v. 29. Aug. 1818 Nr. 1488 J.-G.-S. §. 1, kais. Vdg. v. 16. März 1851 Nr. 67 R.-G.-B. §. 19, ung. G.-B.-O. §. 140.

er unbekannten Aufenthaltes ist, zu Handen eines eigens für ihn aufgestellten Curators erfolgen[3]), damit ihm bei ordnungswidrigen Eintragungen nicht nur die Möglichkeit, bei den höheren Gerichten Abhilfe zu suchen, gewahrt bleibe, sondern auch, damit[4]) für die Echtheit der Urkunde, auf Grund deren die Eintragung erfolgte, eine weitere Garantie geboten werde. Dieses publicistischen Grundes wegen könnte auch auf die Zustellung nicht giltig verzichtet werden.[5])

Der Recurs ist bei der ersten Instanz zu überreichen (G.-B.G. §. 126)[6]), und die Erledigung desselben, mag sie ausfallen, wie sie wolle, wirkt immer auf den Zeitpunkt der Ueberreichung des Gesuches zurück, gegen dessen Bewilligung recurrirt wird (G.-B.-G. §§. 93, 132). Wird also die in erster Instanz bewilligte Eintragung im Recurswege von dem höheren Gerichte verweigert, so ist sie nach eingetretener Rechtskraft der höheren Entscheidung im öffentlichen Buche sammt allen weiteren darauf sich stützenden Eintragungen zu löschen[7]), ohne daß der Erwerb im Vertrauen auf das öffentliche Buch dies zu hindern vermöchte (G.-B.-G. §. 133)[8]); darum ist auch jeder gegen eine Bewilligung gerichtete Recurs anzumerken (G.-B.-G. §. 129).[9]) Wurde hingegen kein Recurs überreicht oder der

---

3) A.-G.-O. §. 385, Aussez Tab.-Verf. §. 110. — Wenn eine Eintragung gegen einen Machtgeber über Ansuchen seines Bevollmächtigten erfolgte, so ist der Bescheid dem Machtgeber zuzustellen, es sei denn die Bevollmächtigung durch eine den Erfordernissen des §. 31 G.-B.-G. (Legalisirung und Specialvollmacht, oder wenigstens nicht über ein Jahr alte Vollmacht) entsprechende Vollmacht dargethan (G.-B.-G. §. 123 Nr. 4). Wird hingegen eine Eintragung für den Machtgeber erwirkt, dann ist die Zustellung an den Machthaber immer zuläßig (vgl. G.-B.-G. §. 77, auch Vdg. v. 12. Jänner 1872 R.-G.-B. Nr. 5 §. 25). Ellinger G.-Z. 1874 Nr. 42 sucht den §. 123 G.-B.-G. dahin zu interpretiren, daß derselbe zwar eine nach §. 31 eingerichtete, nicht aber wesentlich eine legalisirte Vollmacht fordere.

4) Es kommt hier in Betracht, daß der Gegner vor der Eintragung nicht vernommen wird.

5) Turnes Jurist XII. S. 74. — Nach Hofd. v. 29. Aug. 1818 Nr. 1488 §. 2 kann die Zustellung unterbleiben, wenn sich der Bescheid auf eine persönlich vor dem Gericht abgegebene Erklärung, auf Urtheile oder andere den Theilnehmenden ohnehin bekannte öffentliche oder auf legalisirte Urkunden gründet. Doch behauptet Aussez §§. 257—262 und Tab.-Verf. §. 113, daß diese Bestimmung mit dem Geiste späterer Tabulargesetze unverträglich und somit stillschweigend aufgehoben sei, indem ohne Zustellung auch dem Gesuchsteller das Schicksal seiner Eingabe unbekannt bliebe, und weil auch die auf Urtheile und legalisirte Urkunden sich gründenden Gesuche möglicherweise ordnungswidrig erledigt werden können. In der That kommt diese Ausnahme, die das ältere Recht kannte, schon in der ung. G.-B.-O. nicht mehr vor.

6) Vgl. Hofd. v. 10. März 1840 Nr. 415, ung. G.-B.-O. §. 142.

7) Zunächst ist aber die abweisliche Entscheidung der zweiten Instanz anzumerken (G.-B.-G. §. 133, vgl. Hofd. v. 21. Juni 1805 Nr. 734 J.-G.-S.).

8) Wird z. B. A umschrieben, der Vormann B recurrirt dagegen und gleichzeitig sucht C, Gläubiger des B, die Unzuläßigkeit der Umschreibung annehmend, um Pfandrechtsintabulation seiner Forderung auf das Grundstück an, so kann diesem Ansuchen, selbst wenn die Umschreibung des A wieder aufgehoben wird, nicht stattgegeben werden wegen §. 93 G.-B.-G.; es ist aber auch dieser abschlägige Bescheid nicht anzumerken wegen §. 99 G.-B.-G.

9) Wehli G.-H. 1869 Nr. 12 hob hervor, daß, wenn eine Umschreibung

überreichte abgewiesen, so erwächst die erfolgte Eintragung in Rechtskraft; sie erlangt aber ihre privatrechtliche Wirksamkeit nicht erst von diesem Momente, sondern schon von da an, da sie geschehen ist.

Selbst wenn die Recursfrist (ohne Verschulden des Recursberechtigten) versäumt war, ermöglichte das frühere Recht durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die neuerliche Anbringung eines wirksamen Recurses (oben), welcher jedoch nur die Cassation der Umschreibung, nicht aber auch der sich auf letztere stützenden weiteren bücherlichen Rechte erwirken, also Dritten gegenüber nicht mehr die ursprüngliche Priorität verschaffen konnte (Hofd. v. 8. Jänner 1795 Nr. 213 J.-G.-S.). Das G.-B.-G. §. 82 jedoch hat jede Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Grundbuchssachen beseitigt.

Anstatt des Recurses oder im Falle der Versäumung desselben ist auch die Löschungsklage keineswegs zulässig. Recurs und Löschungsklage haben ihre eigenen, von einander scharf abgegrenzten Gebiete.[10]) Der Recurs ist zulässig, wenn der Richter mit Hinsicht auf die Actenlage, d. i. mit Hinsicht auf den Inhalt des Grundbuches, des Gesuches und seiner beweiskräftigen Beilagen nicht in Uebereinstimmung mit dem Gesetze entschieden hat[11]); z. B. wenn er die Intabulation ohne die (ihm vorliegende) Zustimmung des bücherlich ersichtlichen Vormannes, oder ohne förmliches darauf gestelltes Ansuchen, oder ohne Nachweis eines Titels, oder ohne vorläufige Eintragung des Vormannes oder ohne Vorlage einer Tabularurkunde, oder über Ansuchen eines nicht mehr an der Gewähr stehenden Vormannes oder eines nicht legitimirten Sachwalters bewilligt, oder umgekehrt trotz des in der tabularmäßigen Urkunde enthaltenen Titels, oder trotz des im Grundbuche stehenden Vormannes aus dem Grunde verweigert hat, weil seiner Ansicht nach die Urkunde falsch, oder der Titel anfechtbar, oder der Vormann trotz seiner Eintragung nicht wirklicher Eigenthümer sei u. dgl.[12]) Hat hingegen in den letzterwähnten Fällen beim wirklichen Vorhandensein solcher Defecte der Richter gemäß der Actenlage das Gesuch bewilligt, so können

---

im Recurswege wieder aufgehoben wird, nachdem der Umschriebene weitere bücherliche Rechte eingeräumt hat, empfindliche Verletzungen des Vertrauens auf die öffentlichen Bücher entstehen, gegen welche die Gesetzgebung keine Mittel an die Hand gegeben hat. Er schlug vor, nach Analogie der Anmerkung abweislicher Bescheide auch die noch nicht eingetretene Rechtskraft bewilligender Bescheide im Grundbuch ersichtlich zu machen. (Ein anderes Mittel schlägt vor Aussez §. 476 Note *.) Wohl ließe sich dagegen einwenden, daß man sich über die Thatsache, daß die Rechtskraft noch nicht eingetreten sei, durch die Einsicht der Grundbuchsacten (denen auch die Empfangscheine der Tabularbescheide beigeheftet werden müssen, kais. Vdg. v. 16. März 1851 §. 19 lit. d) Gewißheit verschaffen könne, und daß nach österr. R. das Princip der Vertrauenswürdigkeit der öffentlichen Bücher überhaupt nicht so weit gehe, daß dem in diesem Vertrauen Handelnden die Einrede des nicht entstandenen Rechtes nicht entgegengesetzt werden könnte; — gleichwohl ist durch das im G.-B.-G. aufgenommene Institut der Anmerkung des Recurses diesen Anforderungen Wehli's nunmehr entsprochen.

10) Aussez §. 274.

11) Minder richtig sagt Aussez a. a. O., Recurse seien zulässig, wenn der Bescheid gegen die Tabularordnung verstoße.

12) Das Legalitätsprincip geht also nicht so weit, um auch das Privatwissen hier in die Wagschale zu legen.

solche Defecte nicht im Recurswege, sondern nur durch die Löschungsklage geltend gemacht werden[13]); sie ist also nur dann am Platze, wenn innere, aus den Grundbuchsacten nicht ersichtliche Mängel, oder wenn Erlöschungsthatsachen, worüber tabularmäßige Urkunden nicht existiren, geltend gemacht werden sollen.[14]) Erfolgte z. B. die Intabulation auf Grund einer gefälschten Urkunde, oder auf Grund einer äußerlich unbedenklichen Vertragsurkunde, welche aber wegen (des aus den Acten nicht ersichtlichen) Mangels an persönlicher Fähigkeit, wegen Zwangs, Betrugs oder wesentlichen Irrthums nichtig, wegen Verletzung über die Hälfte oder wegen verborgener Mängel des Vertragsgegenstandes anfechtbar ist, oder erfolgte die Eintragung auf Grund einer giltigen Urkunde, deren Aussteller aber auf Grund eines nichtigen Titels in das Grundbuch eingetragen wurde u. s. w.[15]): so kann die Löschung nur im Wege der Löschungsklage bewirkt werden.

Ist die erfolgte Eintragung wegen ordnungswidrigen Vorganges im Recurswege zwar anfechtbar gewesen, der Recurs aber nicht ergriffen worden, so erwächst sie in Rechtskraft, und kann daher nicht mehr angefochten werden.[16]) Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn die Ordnungswidrigkeit eine offenbare Nullität erzeugt, wie: wenn das Gericht zur Eintragungsbewilligung nicht competent war[17]), oder wenn die Eintragung einem absoluten Gesetze widerspricht (z. B. im Falle der bücherlichen Abschreibung ohne die erforderliche politische Bewilligung, oder der Eintragung des Miteigenthums bei einem intellectuell untheilbaren Gute[18]), oder der Umschreibung auf den Namen eines gesetzlich Besitzunfähigen), oder endlich, wenn die Eintragung eine offenbare Verletzung von Privatrechten oder eine Verwirrung des Grundbuchsstandes involvirt (wie im Falle einer Zuschreibung ohne gleichzeitige Abschreibung[19]), oder ohne erhaltene Zustimmung der auf dem Trennstücke versicherten Gläubiger bezw. ohne Erwirkung jener rechtlichen Thatsachen, welche dieser Zustimmung gleichstehen, oder bei einer ohne Ansuchen des hiezu Berechtigten, oder ohne gehörige Vollmacht des für ihn Einschreitenden vorgenommenen Eintragung[20]), oder bei einer Eintragung auf Grund einer Urkunde, worin die dazu erforderliche Zustimmung des Tabularauctors nicht ersichtlich ist[21]) u. s. w.). In den zuletzt genannten Fällen sanirt indeß die ord-

---

13) Vgl. Aussez §. 274.

14) Aussez Tab.-Verf. §. 128.

15) Der Mangel des Titels oder des Eigenthums des Vormannes wird also mittelst der Löschungsklage geltend gemacht, wenn Titel und Eigenthum des Vormannes zwar nach der Actenlage, nicht aber in Wirklichkeit vorhanden sind; dagegen mittelst des Recurses, wenn sie auch nach der Actenlage fehlen.

16) Aussez Tab.-Verf. §. 128.

17) So im Proceßverfahren nach Hofd. v. 22. Juni 1789 Nr. 1024, v. 22. April 1809 Nr. 890 J.-G.-S.

18) Vgl. Sammlung I. Nr. 331.

19) Vgl. Entsch. bei Peitler (1. Aufl.) Nr. 168.

20) So auch im streitigen Verfahren. Hofd. v. 22. Juni 1789 Nr. 1024 J.-G.-S.

21) Vgl. Sammlung I. Nr. 153 (Peitler Nr. 165), wo die erste Eintragung auf einseitiges Einschreiten er-

nungsmäßige Verständigung desjenigen, gegen den die Eintragung erfolgte, wenn er den Recurs rechtzeitig zu ergreifen unterläßt, den begangenen Fehler; dagegen ist das bloße Unterbleiben der gerichtlichen Verständigung für sich noch kein Nullitätsgrund (G.=B.=G. §. 125).[22])

Ist die bücherliche Eintragung wegen ihrer Ordnungswidrigkeit offenbar null und nichtig, dann erwächst sie auch durch Zeitablauf nicht in Rechtskraft, und kann daher nach erfolgter Entdeckung die Löschung jederzeit mittelst einfacher Nullitätsanzeige[23]) verlangt werden, ohne daß dem die Verjährung oder das Vertrauen auf das öffentliche Buch entgegenstünde.[24])

§. 232. Wirkungen der Intabulation.

Die Wirkungen einer den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechenden Intabulation wurden bereits angegeben; hier sind nur noch die Wirkungen der gesetzmäßigen Eintragung zu erörtern.

Die nächste und unmittelbare Wirkung der Umschreibung des neuen Erwerbers besteht in dem Uebergang des Grundeigenthums auf ihn, mag auch der Titel, auf Grund dessen die Umschreibung erfolgte (wegen Verletzung über die Hälfte, Gewährleistung u. s. w.), der Anfechtung unterliegen. Erfolgte die Umschreibung unter einer Bedingung oder Befristung, dann erzeugt sie freilich nur ein von der Erfüllung der Bedingung abhängiges, bezw. ein erst von dem bestimmten Zeitpunkt an bestehendes Eigenthum mit den weiteren (oben §. 230 erwähnten) an solche bedingte oder befristete Rechte sich knüpfenden Rechtswirkungen. Bedingt oder befristet ist aber die Umschreibung nicht nur dann, wenn auch der Titel es ist, sondern auch, wenn bei unbedingtem und unbefristetem Titel aus

---

folgte, und Entsch. G.=H. 1868 Nr. 32 [= Sammlung VI. Nr. 2872], wo nach erfolgter Cession einer intabulirten Forderung und der Intabulation dieser Cession die Löschung auf Ansuchen des Cedenten aus Versehen bewilligt, und erst fünf Jahre später über geschehene Anzeige vom obersten G.=H. wieder cassirt wurde.

22) Vgl. Hofd. v. 29. Aug. 1818 Nr. 1488 §. 5, ung. G.=B.=O. §. 141.

23) Sie soll an das Obergericht geschehen, wie ja auch jede Nullitätsbeschwerde an dasselbe zu richten ist; überdies steht (Entsch. G.=Z. 1856 Nr. 91 [= Sammlung I. Nr. 153]) dem Obergerichte die Aufsicht über die Führung der öffentlichen Bücher zu.

24) Vgl. Entsch. G.=Z. 1853 Nr. 97, 98 [= Peitler 1. Aufl. Nr. 168] (betreffend die Eröffnung eines neuen Grundbuchsfoliums für ein abgetrenntes Grundstück ohne vorläufige Abschreibung in dem früheren Folium), G.=Z. 1856 Nr. 91 [= Sammlung I. Nr. 153] (betreffend die Eröffnung eines Foliums für ein noch nicht eingetragenes Grundstück auf Grund einseitiger, beweisloser Urkunden), in Haimerl's Mag. XV. S. 496, 497 [= Sammlung I. Nr. 331] (betreffend die Einverleibung eines unzulässigen Miteigenthums, cassirt nach fünfjährigem Eingetragensein), G.=H. 1868 Nr. 32 (oben Note 21), G.=H. 1871 Nr. 2 [= Sammlung VIII. Nr. 3929] (betreffend die Unwirksamkeit des auf das ganze Gut intabulirten Pfandrechtes rücksichtlich der Hälfte des Gutes, die Gegenstand des bereits früher einverleibten ehegattlichen Anwartschaftsrechtes (§. 1236 b. G.=B.) war). Un-

speciellen Gründen die Eigenthumserlangung an eine Bedingung oder einen Termin gebunden ist, wie im Falle der Eigenthumspränotation, oder wenn der Tabularauctor selbst nur bedingter oder befristeter Eigenthümer ist.[1]) Die auf ein solches beschränktes Eigenthum sich stützenden weiteren Rechte Dritter sind in gleicher Weise beschränkt, doch ist hiezu erforderlich, daß die Beschränkung aus dem öffentlichen Buche ersichtlich oder dem Dritten bei der Erwerbung seines Rechtes bekannt war (§§. 442, 468, 527 b. G.-B.).

Die Consequenzen des Eigenthumsüberganges sind insbesondere folgende:

1) Der Uebergang der Eigenthumsklage. Der Umschriebene kann das Grundstück von Jedem vindiciren, der es ihm vorenthält, mag dies der frühere Eigenthümer oder ein Dritter sein, also auch von demjenigen, dem es der Tabularauctor schon früher veräußert und tradirt hatte (§. 440 b. G.-B.). Inwieferne dem letzteren gegen die Klage eine wirksame Einrede zusteht, wurde bereits erörtert (oben §. 224); wird er zur Herausgabe verurtheilt, so hat er nur einen Entschädigungsanspruch gegen den Tabularauctor (vgl. §. 430 b. G.-B.).

2) Der Uebergang aller mit dem Grundeigenthum verbundenen Nebenrechte (§. 442 b. G.-B.). Diese sog. Realrechte sind insbesondere die Prädialservituten, Nachbarrechte, manche Reallasten, häufig auch das Jagd- und Fischereirecht, die Realprivilegien u. s. w.

3) Erst mit der Umschreibung erlangt der neue Eigenthümer die rechtliche Möglichkeit, das Eigenthum an einen Anderen zu übertragen oder Dritten andere dingliche Rechte an dem Grundstück einzuräumen (§§. 432, 445); veräußert er das Grundstück früher, so gilt dies nur als Veräußerung seiner obligatorischen Ansprüche (seiner in der Praxis sog. Kaufrechte). Doch kann das Ansuchen um Eintragung der von dem neuen Erwerber des Grundstücks eingeräumten dinglichen Rechte sofort, nachdem er um seine eigene Umschreibung angesucht hat, ja sogar gleichzeitig mit diesem Ansuchen gestellt werden (vgl. G.-B.-G. §. 97).

Die Möglichkeit der Veräußerung und Belastung des Grundeigenthums durch den eingetragenen Eigenthümer dauert so lange, als dieser als Eigenthümer eingetragen erscheint, ohne Rücksicht auf einen bereits zu Gunsten eines Anderen geschehenen Verkauf und an diesen erfolgte Besitzübertragung (§. 440 b. G.-B.)[2]); und der Eigenthümer ist, mögen diese späteren Eintragungen mit oder ohne sein Zuthun geschehen sein, dem neuen Erwerber hiefür nur ersatzpflichtig (§. 1042). Doch ist die Regel,

---

begründet ist die Behauptung von Turnes Jurist XI. S. 337 fg., daß eine aus Versehen ohne ausdrückliches Begehren geschehene Intabulation durch Tabularersitzung convalescire.

1) Einen (dem Pfandrecht angehörenden) Fall bedingter Intabulation trotz unbedingten Titels bildet auch die Sicherstellung der Gläubiger des Erben nach §. 822 b. G.-B.

2) Walter §. 127, Mittermaier §. 161 III

daß der bücherliche Eigenthümer veräußern und belasten darf, nicht unbeschränkt durchgeführt. Als solche Beschränkungen[3]) sind zu nennen[4]):

a) Die vom Eigenthümer erwirkte bücherliche Anmerkung, daß er seine Liegenschaft veräußern wolle („Anmerkung der Rangordnung" G.-B.-G. §. 53). Wird binnen 60 Tagen nach Bewilligung dieser Anmerkung um die Einverleibung oder die Vormerkung des Veräußerungsgeschäftes angesucht und dieselbe bewilligt, so kommt der nun bewilligten Eintragung die angemerkte Rangordnung zu. Es können also zwar auch nach Bewilligung der Anmerkung beliebig weitere Belastungen gegen den bisherigen Eigenthümer stattfinden; allein ihr Schicksal ist davon abhängig, ob innerhalb der erwähnten Frist von 60 Tagen um die Intabulation oder Pränotation des neuen Eigenthümers angesucht wird; wird nämlich hierüber die Einverleibung der Veräußerung der Liegenschaft in der angemerkten Rangordnung bewilligt, so ist auf Ansuchen der Partei, für welche die Einverleibung erfolgte, zugleich die Löschung derjenigen Eintragungen zu verfügen, welche in Ansehung dieser Liegenschaft nach Ueberreichung des Anmerkungsgesuches erwirkt worden sind (G.-B.-G. §§. 55 bis 57).

b) Die Anmerkung der executiven Versteigerung (G.-B.-G. §. 72). Ist ein Grundstück im Executionswege versteigert worden, so hat das Gericht, bei welchem die Versteigerung vollzogen wurde, die Anmerkung dieses Vollzuges von Amtswegen im Grundbuche zu verfügen. Das Grundstück hat zwar dadurch nicht aufgehört, Eigenthum des bisherigen Eigenthümers zu sein, dies geschieht vielmehr erst mit der Umschreibung des executiven Käufers (vgl. oben §. 201 bei Note 5). Allein wenn diese Eintragung auch nicht ausschließt, daß noch weiterhin Belastungen gegen den Executen bücherlich eingetragen werden, so verlieren sie doch ihre Wirkung, wenn der Ersteigerer um die Umschreibung wirksam angesucht hat. Es hat nämlich diese Anmerkung „die Folge, daß weitere Eintragungen gegen den bisherigen Eigenthümer nur für den Fall ein Recht bewirken, als die Versteigerung für unwirksam erklärt wird". Im Gegenfalle „findet auf Ansuchen der Betheiligten die Löschung aller nach der Anmerkung der executiven Versteigerung gegen den bisherigen Eigenthümer erwirkten Eintragungen und der etwa in Bezug auf dieselben weiter vorgenommenen Eintragungen statt"[5]).

---

3) Ihering Dogm. Jahrb. X. S. 488 bis 490 faßt die Beschränkungen des bücherlichen Eigenthümers durch die im Text zu nennenden Anmerkungen (Protestationen) als eine durch das künftige Eigenthum des Annotirten hervorgerufene Gebundenheit des Rechtes des gegenwärtigen Eigenthümers auf, somit als eine Verbindlichkeit ohne einstweiliges gegentheiliges Recht. — Die Intabulation der sog. Kaufrechte als Realschuld ist durch das G.-B.-G. beseitigt.

4) Welche Bedeutung diesfalls der Eigenthumspränotation zukommt, darüber s. oben §. 227 bei Note 57, 58.

5) Anders nach dem früheren östr. R. (vor dem G.-B.-G.), wenn auch der damalige Rechtszustand nicht außer Streit war. Zwar konnten auch damals gegen den noch eingetragenen Executen nach richtiger Ansicht fortan weitere Intabulationen erwirkt werden (so Pl.-Entsch. G.-H. 1865 Nr. 96, G.-Z. 1868 Nr. 20, Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 97 [= Riehl I.

c) Die Streitanmerkung in den oben (§. 227 Note 62 fg.) genannten Fällen. Hieher gehört namentlich die Streitanmerkung auf Grund der Ersitzung des im Grundbuch eingetragenen Eigenthumsrechts durch einen Anderen. Diese Streitanmerkung hindert zwar Belastungen gegen den noch gegenwärtig eingetragenen Eigenthümer nicht; allein wenn der Ersitzungskläger siegt, so ermöglicht das Urtheil auch die Löschung der seither erwirkten Belastungen.

4) Mit dem durch die Umschreibung bewirkten Eigenthumsübergang gehen auch alle auf dem Grundstücke haftenden Lasten auf den neuen Erwerber über. Damit aber eine privatrechtliche Last (z. B. Pfandrecht, Servitut, Realschuld) auf dem Grundstück hafte, muß sie auf demselben eingetragen sein. Ist dies geschehen, so hat sie der neue Eigenthümer zu tragen, ohne Unterschied, ob er um deren Existenz wußte oder nicht, da sich mit Unkenntniß der bücherlichen Einträge Niemand entschuldigen kann.[6]) Ist hingegen die Last bücherlich nicht ersichtlich gemacht, dann bildet sie nur einen persönlichen Anspruch gegen den vorigen Eigenthümer, und geht somit den neuen Erwerber in der Regel nicht an (§. 443).[7])

S. 462, Sammlung VI. Nr. 2813, der letzte Fall fehlt in den Sammlungen], dagegen freilich Entsch. G.-H. 1865 Nr. 25, G.-Z. 1867 Nr. 7, 65 [= Sammlung IV. Nr. 1696, V. Nr. 2575, Riehl I. S. 516]), allein dadurch wurde kein dingliches Recht an dem Grundstück, sondern nur an dem dem Executen etwa noch zukommenden Kaufpreisrest (hyperocha) erlangt (Pl.-Entsch. G.-H. 1865 Nr. 96, G.-Z. 1868 Nr. 20, Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 97; oben in dieser Note). Der Gang der Execution durfte eben durch Verfügungen des Eigenthümers über das Executionsobject nicht gehemmt werden. Es nahm daher nicht nur die Execution gegen den neuen Erwerber ihren ungehinderten Fortgang (Hofkzld. v. 23. Mai 1827 [Wessely I. Nr. 1336] und schon Pat. v. 5. April 1782 Nr. 40 J.-G.-S. und Note der Gesetzgebungshofcommission v. 15. März 1815 [Wessely I. Nr. 1230, 1335]), sondern auch seither zugewachsene Tabulargläubiger u. dgl. konnten den Gang der Execution nicht aufhalten. (Daher auch die Entsch. G.-Z. 1859 Nr. 56, 131 [= Sammlung II. Nr. 725, 999], G.-H. 1857 S. 105 [= Sammlung I. Nr. 233], daß nach erfolgter executiver Feilbietung ein anderer Tabulargläubiger keine neuerliche Schätzung und Feilbietung verlangen kann.) Damit aber das Vertrauen in die öffentlichen Bücher durch diese Grundsätze nicht erschüttert werde, schrieb auch das ältere Recht (Hofd. v. 12. Oct. 1790 Nr. 95 J.-G.-S., Wessely I. Nr. 1198) die Ersichtlichmachung der begonnenen Realexecution im öffentlichen Buche vor, erachtete ein Gut erst dann in die Execution verfallen, wenn die executive Intabulation erfolgt war (Hofd. v. 23. Mai 1827), und ließ die erwähnten Grundsätze erst von der Ersichtlichmachung der Execution eingreifen.

6) In einem Falle übernimmt der neue Eigenthümer sogar eine erst zu intabulirende Last, d. h. eine solche, deren Einverleibung erst in Aussicht genommen ist; wenn nämlich für ein noch aufzunehmendes Darlehen die Rangordnung voraus angemerkt ist (§. 53 G.-B.-G.), so muß die Pfandrechtsintabulation bewilligt werden, wofern binnen 60 Tagen darum eingeschritten wird, möchte immerhin das Gut inzwischen an einen Dritten übergegangen sein (G.-B.-G. §. 56).

7) Zu den bücherlich ersichtlichen Lasten, welche der neue Eigenthümer übernimmt, gehören nicht nur Beschränkungen des bücherlichen Rechtes und Realschulden, sondern auch die Obliegenheit, in einen bereits im Laufe befindlichen Proceßgang einzutreten, wenn er bücherlich ersichtlich gemacht wurde. Darum wirkt die bücherlich angemerkte Capitalsaufkündigung auch gegen den Nachfolger, und wurde die Klage bücherlich angemerkt, so kann auf Grund des gegen den Ge-

Zu den zu übernehmenden Lasten gehören nicht nur die im öffentlichen Buche bereits ersichtlichen, sondern auch alle jene, um deren Eintragung noch vor dem Umschreibungsgesuch des neuen Eigenthümers angesucht worden ist, mag auch der Umschreibungswerber von diesem erst angebrachten, aber noch nicht vollzogenen Ansuchen keine Kenntniß gehabt haben (§§. 440, 445 b. G.-B., §. 29 G.-B.-G.).[8]) Wäre z. B. vor der Ueberreichung des Umschreibungsgesuches gegen den vorigen Eigenthümer die Pränotation eines jus in re angesucht worden, so kann die letztere nicht nur bewilligt, sondern auch gegen den neuen Eigenthümer gerechtfertigt werden.[9]) Ebenso muß der neue Eigenthümer auch die vor seiner Umschreibung gelöschten, nach derselben aber im Recurs- oder Klagewege wiederhergestellten bücherlichen Lasten — allerdings jedoch unter den Beschränkungen der §§. 61—68 G.-B.-G.[10]) — übernehmen, ohne sich auf das Vertrauen auf das öffentliche Buch berufen zu können.[11]) Jene Lasten aber treffen ihn nicht, um deren Eintragung erst nach seinem Umschreibungsanlangen gegen den vorigen Eigenthümer angesucht worden ist, mag auch sein Umschreibungsansuchen zunächst abgewiesen und erst von dem höheren Richter bewilligt worden sein.[12])

Von der Regel, daß der neue Eigenthümer die im öffentlichen Buche ersichtlichen Lasten übernimmt, bestehen Ausnahmen:

a) zu Gunsten des Erstehers eines im Executionswege veräußerten Gutes; er hat nämlich die auf dem Gute haftenden privatrechtlichen Lasten

---

klagten erwirkten Urtheils oder geschlossenen gerichtlichen Vergleiches gegen den Nachfolger Execution geführt werden (J.-M.-V. v. 19. Sept. 1860 §. 5, G.-B.-G. §. 60). Diese Bedeutung hat auch die executive Intabulation einer bereits intabulirten Forderung; sie macht die im Laufe der Execution erfolgten Besitzveränderungen unschädlich (Hofd. vom 12. Oct. 1790 Nr. 95 J.-G.-S.). Nach der cit. Min.-Vdg. v. 1860 §§. 6, 7 soll jedoch schon die begonnene Realexecution für sich diese Wirkung haben.

8) Vgl. auch G.-B.-G. §§. 53, 57 (Anmerkung der Veräußerungsabsicht), §. 72 (Anmerkung der executiven Versteigerung); und aus der älteren Gesetzgebung Pat. v. 12. Dec. 1785 Nr. 503 J.-G.-S.

9) Entsch. G.-H. 1868 Nr. 82 [fehlt in den Sammlungen].

10) D. h. er übernimmt die Last nur, wenn der die Löschung Bestreitende innerhalb der Recursfrist um die Streitanmerkung ansucht und zugleich oder innerhalb weiteren 60 Tagen die Bestreitungsklage überreicht (G.-B.-G. §. 63), oder wenn die Umschreibung erst nach der Streitanmerkung erfolgt ist und in beiden Fällen der die Löschung Bestreitende gesiegt hat (§. 61 ebda.); endlich wohl auch, wenn er (der Umschriebene) in dolo versirt (§. 63 ebda.), und bei unterbliebener ordnungsmäßiger Verständigung von der Löschung (§. 64 ebda.). — Betreffend die Wiederherstellung im Recurswege vgl. G.-B.-G. §§. 132, 133.

11) Wehli G.-H. 1869 Nr. 12, welcher es darum als wünschenswerth bezeichnet, daß nicht rechtskräftige Intabulationsbewilligungen (bezüglich deren freilich der Mangel der Rechtskraft leicht ermittelt werden kann) bücherlich ebenso ersichtlich gemacht werden mögen, wie abschlägige Bescheide (vgl. oben §. 231 Note 9). — Wird eine Löschung im Klagwege angefochten, so ist schon nach Hofd. v. 27. März 1846 Nr. 951 J.-G.-S. die Streitanmerkung zulässig, wodurch soviel gewonnen wird, daß gegen die nach erfolgter Streitanmerkung Intabulirten kein neuer Löschungsproceß geführt werden muß.

12) Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 1 [= Sammlung VI. Nr. 2860], Wehli G.-H. 1869 Nr. 12.

nur soweit zu übernehmen, als sich der Kaufpreis erstreckt (A.G.-O. §. 328 lit. b);

b) bei Expropriationen, indem die Uebertragung des Eigenthums an den Exproprianten, sei es nun im Wege der Umschreibung oder der Abschreibung[13]), lastenfrei zu geschehen hat[14]), und die Hypothekargläubiger, Servitutsberechtigten, Zehentherren, Anwärter u. s. w. an die vom Exproprianten erlegte Entschädigungssumme zu weisen sind[15]);

c) im Falle der Ersitzung des freien Eigenthums an Gütern, welche mit dem Fideicommiß-, Erbpacht- oder Erbzinsbande behaftet sind (§. 1474).[16])

Dagegen daß „Schulden und Rückstände", welche auf dem übernommenen Grundstücke haften, von dem Veräußerer stets vertreten werden (§. 928), d. h. dem neuen Erwerber, welcher sie berichtigt hat, vergütet werden müssen, ist keine Ausnahme von unserer Regel; denn wenn auch das Pfandrecht, die Steuerlast u. s. w. zu den Lasten gehört, so muß doch die hypothekarische Schuld, der Zinsen- oder Steuerrückstand unzweifelhaft zu den persönlichen Verbindlichkeiten gerechnet werden.

Auch von der Regel, daß nicht eingetragene Forderungen und Ansprüche gegen den vorigen Eigenthümer auf den neuen nicht übergehen, bestehen Ausnahmen, und zwar:

a) die Realsteuern und sonstige öffentliche Auflagen haften auch ohne Intabulation auf dem Grundstücke, und müssen daher von jedem Eigenthümer übernommen werden;

b) der Anspruch auf Ueberlassung oder Aufhebung eines dinglichen Rechtes kann von Jenem, der sich bereits in dem Genusse dieses Rechtes oder dieser Befreiung befindet, auch gegen den neuen Eigenthümer geltend gemacht werden, es sei denn, daß letzterer das Grundstück im Vertrauen auf das öffentliche Buch an sich gebracht hat.

§. 233. Allgemeines über Modification des Eigenthumsrechts.

Das Eigenthumsrecht an einem bestimmten Object kann unbeschadet seiner juristischen Identität eine Aenderung seines Inhaltes dadurch erleiden, daß sich das Object desselben vergrößert (z. B. durch Accession) oder vermindert (z. B. durch Abtrennung der Früchte), oder daß an die Stelle des früheren Objectes ein anderes tritt (z. B. bei der Vermengung eigener Sachen mit fremden).[1]) Obwohl diese Modificationsfälle in ge-

13) Im Wege der Abschreibung bei Expropriationen zum Zwecke eines „öffentlichen Gutes" (Hofd. v. 8. Nov. 1842 Nr. 654 J.-G.-S. §§. 3, 20, Min.-V. v. 8. Dec. 1855 Nr. 213 §. 12, Hofd. v. 18. Febr. 1847 Nr. 1036 J.-G.-S.); im Wege der Umschreibung in anderen Fällen.

14) Min.-Vdg. v. 27. April 1859 Nr. 71 R.-G.-B.

15) Hofd. v. 8. Nov. 1842 Nr. 654 §§. 4, 5, Min.-Vdg. v. 27. April 1859 Nr. 71, v. 8. Dec. 1855 Nr. 213, Entsch. G.-Z. 1858 Nr. 7 [= Sammlung I. Nr. 450; vgl. jetzt auch Ges. v. 18. Febr. 1878 Nr. 30 R.-G.-Bl. §. 34 Abs. 2].

16) Das Fideicommiß-, Erbpacht- oder Erbzinsband geht hier nicht auf den neuen Erwerber über; §. 443 findet also auf diesen Fall keine Anwendung.

1) Windscheid §. 64. Es könnte gefragt werden, ob nicht auch die Expropriation und (nach dem früheren

wisser Beziehung Erwerbs- und Verlustfälle des Eigenthums sind, so stehen sie doch juristisch mit diesen nicht auf Einer Linie[2]), weil sie sich unabhängig von den Regeln über den Erwerb und Verlust des Eigenthums vollziehen, und sich das einmal erworbene Eigenthumsrecht von selbst auch auf das veränderte Object bezieht; ist man z. B. einmal Eigenthümer eines Grundstücks, so bedarf es nicht etwa auch der Eintragung des später darauf gewachsenen Waldes oder der darauf errichteten Gebäude in das öffentliche Buch, um auch als deren Eigenthümer zu gelten[3]), so wenig, als es einer bücherlichen Abschreibung bedarf, wenn das Gebäude abgerissen oder der Wald gefällt worden ist.[4]) Die Identität des modificirten Eigenthums mit dem vor der Modification bestandenen beweist der Fortbestand des Pfandrechts (das sich unzweifelhaft auch auf die später dazugekommene Accession bezieht, §. 457 b. G.-B.) und der ununterbrochene Fortlauf der Ersitzung.[5])

Verwandt mit der Modification des Eigenthumsrechts durch Accession als einer objectiven Erweiterung desselben ist die Verbindung von Pertinenzstücken mit dem Eigenthumsobject, indem die Uebertragung und Belastung des Eigenthumsrechtes sich von selbst auch auf die Pertinenz bezieht (§§. 293, 294, 431, 457, 1047).[6]) Der Unterschied ist aber der,

---

Recht — siehe oben §. 232 Note 5) der executive Verkauf hieher gehören, insofern nach dem Eintritt dieser Thatsachen die Verpfändung sich nur auf den Kaufpreis, nicht auf die Sache selbst bezieht. (So Entsch. G.-H. 1865 Nr. 96, G.-Z. 1868 Nr. 20, 97 [s. oben §. 232 Note 5].) Daraus würde folgen, daß auch die Kaufpreisforderung, so lange der Execut noch im Grundbuch steht, nur durch Intabulation cedirt werden könne. (Dagegen entschieden die Pl.-Entsch. G.-H. 1870 Nr. 45 [= Schimkowsky II. Nr. 1219].) Da der Ersteher vor der Umschreibung sicherlich nicht Eigenthümer ist, so muß bis dahin der Execut als Eigenthümer des Grundstücks, nicht blos als „Eigenthümer der Kaufpreisforderung" angesehen werden, weil sonst das Eigenthum des Grundstücks mittlerweile Niemandem zustehen würde. Obige Eigenthümlichkeiten sind also wohl nur vom Gesichtspunkte eines gesetzlichen interdictum de non alienando et onerando zu erklären.

2) Die meisten Civilisten verstoßen dagegen, indem sie die Modificationsfälle als Erwerbsarten des Eigenthumsrechtes (warum dann nicht auch des Pfandrechtes und der Servituten?) behandeln.

3) Mit Unrecht behauptet Stubenrauch I. S. 791, 792, daß zur Erlangung des Eigenthums an einer neu entstandenen Insel oder an einem verlassenen Flußbett Eintragung in die öffentlichen Bücher erforderlich sei.

4) Entsch. G.-H. 1861 Nr. 31, 1865 Nr. 38 [= Sammlung II. Nr. 588, Riehl I. S. 208]: Fabriksutensilien (welche nach Entsch. G.-H. 1869 Nr. 26 [= Schimkowsky I. Nr. 25] unbedingt, nach Entsch. G.-Z. 1859 Nr. 120, 1861 Nr. 69 [= Sammlung II. Nr. 817, III. Nr. 1178] nur dann Zubehör der Fabrik sind, wenn das Gebäude ausdrücklich als Fabrik in das öffentliche Buch eingetragen ist — so auch Stöger G.-H. 1864 Nr. 85), bezw. die Erklärung, daß man diese Utensilien zum immerwährenden Gebrauch der Fabrik bestimme, sind nicht Gegenstand der bücherlichen Eintragung (dagegen wieder ein Anonymus G.-H. 1865 Nr. 93). Vgl. aber auch Pl.-Entsch. G.-Z. 1861 Nr. 108 [= Sammlung III. Nr. 1343]: Die Erklärung des Eigenthümers, daß er die Maschinen nicht als Zugehör des Fabriksgebäudes angesehen wissen wolle, kann mit Wirksamkeit gegen Dritte in das öffentliche Buch eingetragen werden.

5) Vgl. Windscheid §. 327 Note 1.

6) Die Pertinenzstücke einer unbeweglichen Sache als solche werden also

daß gleichwohl die Pertinenzstücke selbständige Eigenthumsobjecte, nicht also wie die Accessionen Bestandtheile der Hauptsache bilden.[7])

Auch die Umgestaltung des Eigenthumsobjectes durch Specification kann nicht als Modification des Eigenthumsrechtes angesehen werden, weil bei Eigenthumsobjecten die Materie, und nicht die Form die Hauptsache ist[8]), die erstere aber ungeändert bleibt.

Von der Modification des Eigenthums durch Trennung der Früchte und sonstiger Accessionen wurde theils bereits gehandelt, theils kommt die juristische Bedeutung derselben in der Lehre von den jura in re zur Erörterung. Nachstehend soll nur von der Modification des Eigenthums durch Objectswechsel und Objectserweiterung gehandelt werden.

§. 237. Accession beweglicher Sachen zu unbeweglichen.[1])

Auch hier kann die nebensächliche Vereinigung eine mechanische oder eine organische sein. Zu den mechanischen gehört vor Allem

1) das Bauen (inaedificatio), d. i. die Aufführung eines Gebäudes, das die Bestimmung hat, beständig auf seinem Platze zu bleiben (§. 297).[2]) Es erweitert sich hiedurch das Grundeigenthumsrecht, indem sich das Eigenthum an der Bauarea von selbst auch auf das aufgeführte Gebäude erstreckt, ohne daß es zu diesem Zwecke erst einer besonderen Auszeichnung im Grundbuche bedürfte[3]), und das auf der Area haftende Pfandrecht ergreift ipso jure auch das aufgeführte Gebäude (§. 457). Dieser Satz ist so ausnahmslos, daß er auch dann gilt, wenn Jemand mit eigenen Materialien auf fremdem Grund, oder mit fremden Materialien auf eigenem Grund baut, und selbst eine gegentheilige Verabredung könnte daran nichts ändern, sondern höchstens ein sog. Superficiarrecht (§. 1125) zur Folge haben.[4])

Wenn aber Jemand mit fremdem Material auf eigenem Boden, oder mit eigenem Material auf fremdem Boden, oder mit fremdem Mate-

---

nicht, wie bewegliche Sachen, durch Tradition, sondern durch Intabulation übertragen und verpfändet, ohne daß sie darum im öffentlichen Buche ersichtlich gemacht zu werden brauchen. (So auch die Pertinenzen der Eisenbahnen: §. 5 Ges. v. 19. Mai 1874 Nr. 70 R.-G.-B.) Ja die Eintragung derselben ins Grundbuch ist geradezu unzulässig. (Vgl. die Note 4 a. A. cit. Entscheidungen.) — Anders hinsichtlich unbeweglicher Pertinenzen.

7) Sie sind in der Regel bewegliche Sachen, das Eigenthum daran wird selbständig nach den gewöhnlichen Grundsätzen erworben und verloren, und kauft man Grundstück und Pertinenz von einem Nichteigenthümer, so besitzt und ersitzt man beide selbständig, bezw. in verschiedenen Zeiträumen. Vgl. auch Unger I. S. 442, 443, Kirchstetter S. 140.

8) Nach röm. R. scheint die Form Hauptsache zu sein, weil die Specification als Occupation behandelt wird.

1) Vangerow I. §. 329, Arndts §. 152, Keller §. 139, Windscheid §. 188, Holzschuher II. S. 67—72, Wächter Rechtslex. I. S. 22—29, Gesterding S. 190—255, Pagenstecher II. S. 128—156.

2) Unger Syst. I. S. 384 hält das Merkmal der Beständigkeit für unwesentlich; dagegen Windscheid §. 188 Nr. 2 lit. b, Keller §. 139.

3) Aus Utilitätsgründen pflegt man wohl auch neue Häuser in der Besitzstandsrubrik ersichtlich zu machen.

4) Vgl. Unger I. S. 382, 415 Note 21.

rial auf fremdem Boden baut, entstehen obligatorische Ansprüche zwischen dem Bauführer und dem Grund- oder Materialeigenthümer.

a) Baut Jemand (wissentlich oder irrthümlich) mit fremdem Material auf eigenem Boden, so greift eine Vindication des Materials, weil sie ohne Niederreißung des Gebäudes nicht möglich wäre, in keinem Falle Platz; nach östr. Rechte selbst dann nicht, wenn das Gebäude niedergerissen worden oder eingestürzt wäre.[5]) Das Gebäude fällt also dem Grundeigenthümer zu.[6]) Da aber ein Verbrauch fremden Vermögens vorliegt, so hat selbst der redliche Bauführer das Material, wenn er es außer den Fällen des §. 367 an sich gebracht hat[7]), nach dem gemeinen Werthe, der unredliche hingegen nach dem höchsten Preise, den das Material an dem bestimmten Orte zur bestimmten Zeit hat, dem Eigenthümer desselben zu vergüten und ihm auch allen anderweitigen Schaden zu ersetzen (§. 417).[8])

b) Baut hingegen Jemand mit eigenem Material auf fremdem Grund, so liegt, da das Bauen ein Besitzergreifungsact ist, der Fall einer Eigenthumsklage vor. Da ist nun nach östr. R. zu unterscheiden, ob der Grundeigenthümer darum wußte, daß man auf seinem Grunde baut, aber dazu schwieg, oder ob er es nicht wußte. Im letzteren Falle gehört das Gebäude ihm, und seine Vindication ist daher vollauf zulässig; nur muß er dem redlichen Bauführer (wie überhaupt zu Gunsten des mit der Eigenthumsklage angegriffenen redlichen Besitzers vorgeschrieben ist, §§. 331, 332) die nothwendigen und nützlichen Kosten, dem unredlichen hingegen diejenigen ersetzen, die in solchem Falle einem unredlichen Besitzer gebühren würden, d. h. die ein Geschäftsführer ohne Auftrag zu fordern berechtigt wäre (§§. 336, 1037, 1038). Hatte hingegen der Grundeigenthümer Kenntniß von der Bauführung auf seinem Grunde, ohne sie sofort, wie es seine Pflicht gewesen wäre, dem redlich handelnden Bauführer zu untersagen, so verliert er den Baugrund an den letzteren und kann von

---

5) Anders nach röm. R., welches nun die gehindert gewesene Vindication wieder aufleben läßt (Keller und Windscheid a. a. O.).

6) Ebenso auch nach röm. R. (Windscheid a. a. O.). Nach Keller a. a. O. und Baron Gesammtrechtsverh. S. 39 fg. wird der Bauführer wohl Eigenthümer des Gebäudes, nicht aber des verbauten Materials; an dem letzteren soll das frühere Eigenthum als ein schlummerndes fortbestehen, und eben darum nach der Trennung sofort wieder aufleben.

7) Also auch wenn er es z. B. durch Ankauf von dem Diebe erworben hat. Hiedurch erleidet der §. 329 eine wesentliche Einschränkung, deren Grund darin gelegen ist, daß durch die gesetzlichen Bestimmungen über die Accession die Vindication vereitelt wird, und dies einen Ersatz dafür bilden soll.

8) Nach röm. R. findet ohne Unterschied zwischen wissentlichem und unwissentlichem Verbauen die a. de tigno juncto auf doppelten Ersatz statt; gegen den unredlichen Bauführer ist auch die a. ad exhib. auf das Interesse zulässig. Keller und Windscheid a. a. O. Manche (Vangerow I. §. 300, Anm., Huschke ad leg. XII. tab. de tigno juncto comm. 1837, Sintenis I. §. 50 Note 52) lassen den Anspruch auf Doppelersatz nur gegen den fur zu. Dagegen Windscheid §. 188 Note 12. Uebrigens wird der redliche Besitzer durch die Leistung des Doppelersatzes definitiver Eigenthümer des Materials, nicht auch der unredliche. Windscheid a. a. O.

ihm nur den gemeinen Werth dafür ansprechen (§. 418).[9]) In diesem Falle geht also das Grundeigenthum von dem bisherigen Grundeigenthümer auf den Bauführer über[10]); ist jedoch das Grundeigenthum im öffentlichen Buche eingetragen, dann liegt nur ein Titel vor, auf Grund dessen die Umschreibung verlangt werden kann (§. 431).[11]) — Was Rechtens sei, wenn dem (wie im letzten Falle) dolosen Grundeigenthümer ein unredlicher Bauführer gegenübersteht, wird im Gesetze nicht entschieden; das Richtige ist wohl, daß es hinsichtlich der Hauptfrage bei der Regel bleibt, d. i. daß auch hier dem Grundeigenthümer das Gebäude zufällt, so daß er es vindiciren kann, daß er aber dem Bauführer nicht nur jenen nützlichen Aufwand ersetzen muß, der auch dem negotiorum gestor vergütet werden müßte, sondern auch den voluptuaren, insoweit das Grundstück dadurch werthvoller geworden ist; denn da dieser Aufwand nicht untersagt wurde, kann er nicht als gegen den Willen des Eigenthümers gemacht angesehen werden, und es paßt daher auf ihn die Bestimmung des §. 1040 nicht.[12]) Wo der Bauführer nicht Eigenthümer des Gebäudes wird, kann ihm, eben weil er nicht Eigenthümer ist, das Niederreißen desselben nicht[13]) gestattet werden.[14])

c) Baut endlich Jemand mit fremdem Material auf fremdem Grund, so fällt das Gebäude ebenfalls dem Grundeigenthümer zu (§. 419), natürlich auch hier den Fall ausgenommen, daß der Grundeigenthümer um die Bauführung auf seinem Grunde wußte und sie nicht sofort dem redlichen Bauführer untersagte. Abgesehen von diesem Fall hat der Bauführer das Gebäude dem Grundeigenthümer abzutreten, und hat gegen ihn die beim vorigen Fall erwähnten Gegenansprüche. Zugleich hat er aber auch den Materialeigenthümer zu entschädigen, und zwar wie in dem oben erwähnten ersten Falle, wenn er redlich handelte, nach dem ge-

---

9) Diesen Ausnahmsfall kennt das röm. R. nicht.

10) Entsch. G.-H. 1869 Nr. 3 [= Sammlung VI. Nr. 3034] (Dalmatien): Der Bauführer erlangt das Eigenthum des Baugrundes ipso jure durch die Bauführung, nicht also nur einen erzwingbaren Anspruch auf Abtretung desselben, und es beruht dieser Erwerb auf dem vermutheten Willen des Grundeigenthümers. — Mit dem Baugrund wird auch Alles erworben, was zu dessen Gebrauch wesentlich erforderlich ist, wie z. B. das Recht des Zuganges zu demselben.

11) Dieser Anspruch kann also gegen den Singularnachfolger des Grundeigenthümers nicht geltend gemacht werden, wenn der Nachfolger das Grundstück im Vertrauen auf das öffentliche Buch erworben hat.

12) Im Wesentlichen übereinstimmend Winiwarter II. S. 191; a. A. Nippel III. S. 344, Stubenrauch I. S. 802, welche so entscheiden, als wären beide Theile in gutem Glauben, und Ellinger ad §. 418, welcher dem unredlichen Bauführer eine Entschädigung nach §. 1152 zuspricht (!).

13) Somit eine Ausnahme von der Regel der §§. 332, 1040, wonach bei voluptuarem Aufwand ein jus tollendi besteht. Diese Paragraphen setzen eben eine trennbare und daher nicht in das Eigenthum des Gegentheils übergegangene Accession voraus. Auch nach röm. R. kann bei Gebäuden die Wiederabreißung in der Regel (Ausnahme: L. 37. D. de R. V. 6. 1) nicht verlangt werden. Windscheid a. a. O.

14) Wohl aber könnte der Grundeigenthümer den unredlichen Bauführer zur Wiederabreißung verhalten (§. 1040 b. G.-B., Art. 555 Cod. civ.).

meinen, sonst nach dem höchsten Tagespreise des verbrauchten Materials (§. 419).

2) Nebensächliche Vereinigungen von mechanischer Natur liegen auch in der Ausbesserung eines Gebäudes, der Anlegung oder Beschotterung von Straßen, der Entsumpfung von Wiesen durch Drainage, der Düngung, Anbringung von Blitzableitern, Einlassung von Schränken, Kesseln und Maschinen in ein Gebäude u. dgl. Daß auch hier die Accession eine Erweiterung, also Modification des Grundeigenthumsrechts bildet, ist selbstverständlich, und es macht keinen Unterschied, ob das verwendete Material dem Grundeigenthümer gehörte oder fremdes Eigenthum war; nur entsteht im letzteren Falle für den Grundeigenthümer die oben (für den Fall der Ausbesserung einer Sache mit einer fremden) erörterte Entschädigungsverbindlichkeit (§. 416).[15])

3) Eine organische Verbindung einer beweglichen Sache mit einer unbeweglichen und somit eine Erweiterung der letzteren bildet das Wachsen der Pflanzen auf Grund und Boden[16]); sie gehören also dem Grundeigenthümer, mögen sie von selbst gewachsen (sog. natürlicher Zuwachs, §. 405), oder durch Anpflanzung entstanden sein (sog. vermischter Zuwachs, §. 420), und es gilt das Gesagte auch dann, wenn das Fruchtbezugsrecht einem Anderen als dem Grundeigenthümer zusteht.[17]) Es bildet also das Säen (satio) und das Pflanzen (plantatio) ebenfalls eine Eigenthumserweiterung. Auch macht es keinen Unterschied, ob der Samen oder die Pflanze dem Grundeigenthümer gehörte oder nicht; immer[18]) fällt die Pflanze, sobald sie Wurzeln geschlagen hat, dem Grundeigenthümer zu[19]), weil sie von da an ihre Nahrung aus dem Boden zieht; der Grundeigenthümer hat nur den vorigen Eigenthümer des Samens oder der Pflanze nach jenen Grundsätzen zu entschädigen, die für den Fall der Bauführung mit fremdem Material aufgestellt sind (§. 420).[20])

Die Berechtigung des Grundeigenthümers, die überhängenden Aeste und herüberreichenden Wurzeln eines fremden Baumes abzuschneiden oder sonst zu benutzen, und die beiderseitige Benützungsberechtigung an einem an der Grenze stehenden und somit gemeinschaftlichen Baume (§§. 421, 422) sind bereits oben (§. 205) erörtert worden.

---

15) Auch nach röm. R. gelten die Grundsätze von der inaedificatio im Wesentlichen auch von den eingefügten Rebpfählen und von der Anlegung einer Wasserleitung in fremdem Grundstück (§. 29 J. de r. d. 2. 1, L. 2. C. de serv. 3. 34, Keller und Windscheid a. a. O.).

16) Wächter Rechtslex. I. S. 13.

17) Wächter a. a. O.

18) Von der Ausnahme des §. 418 ist hier keine Rede; die Pflanze steht zu Grund und Boden immer in untergeordnetem Verhältniß.

19) Ebenso nach röm. R. Windscheid §. 188, Keller §. 139. Eine Vindication der Pflanze oder des Baumes findet auch nach der Abtrennung derselben vom Boden nicht statt, da sie nicht mehr als identisch mit jener betrachtet wird, die vor der Verbindung da war.

20) Im röm. R. gelten hier die allgemeinen Grundsätze von Impensen, und es kann daher nicht Doppelersatz verlangt werden. Näheres Wächter S. 23 bis 25, Keller a. a. O.

§. 238. Accession unbeweglicher Sachen zu unbeweglichen.[1])

Modificationen des Eigenthumsrechts durch Erweiterung des Objects, und zwar dadurch, daß Grundbestandtheile zu Grundstücken als deren integrirende Theile hinzugefügt werden, erfolgen insbesondere durch die Thätigkeit des fließenden Wassers[2]), indem es die Ufergrundstücke durch Anspülung oder Antreibung, durch Bildung von Inseln oder durch Verlegung seines Bettes vergrößert. Es gelten diesfalls folgende Grundsätze:

1) Eine in einem fließenden Gewässer neu entstandene Insel (insula in flumine nata) gilt juristisch als Bestandtheil des Wasserbettes, welches hier zuerst in der Mitte vom Wasser verlassen worden ist[3]), und da (unten) das verlassene Wasserbett in der Regel den Uferanrainern bis zur Mitte des Gewässers zufällt, so bestimmt sich danach auch das Eigenthum der neu entstandenen Insel von selbst: Liegt sie in der Mitte des Gewässers, so wird sie den beiderseitigen Uferbesitzern nach der Mittellinie des Gewässers und nach der Uferlänge der beiderseitigen Grundstücke[4]) zugetheilt; liegt sie auf der einen Hälfte des Gewässers, so gehört sie den auf dieser Seite situirten Ufereigenthümern allein (§. 407).[5]) Doch bildet die Entstehung der Insel nach östr. Recht nur eine Delation des Eigenthumsrechtes; dieses selbst muß erst durch besondere Besitznahme erworben werden[6]) (arg. §. 407 verb.: „sich zuzueignen").

---

1) Vangerow §. 328, Arndts §§. 152, 153, Keller §. 141, Holzschuher S. 107 fg., Windscheid §§. 185, 188, Wächter Rechtslex. I. S. 11 fg., Zródłowski Untersuchungen S. 129 fg.

2) Nach Keller S. 269 nur durch die Thätigkeit eines öffentlichen Flusses (ebenso hinsichtlich des alveus und der insula auch Windscheid §. 185 und Zródłowski S. 130); doch kann nicht zweifelhaft sein, daß die alluvio auch bei Bächen durch Accession erworben wird. Holzschuher S. 108 Note **.

3) Windscheid §. 188 mit Berufung auf L. 30. §. 2. D. 41. 1, L. 16. D. de leg. III. 32.

4) Winiwarter II. S. 178 versteht darunter einen der Uferlänge entsprechenden Theil der Insel; vgl. dagegen Zródłowski I. S. 140—145.

5) So nach röm. R. (Keller §. 141, Arndts §. 153, Wächter S. 14—16, Vangerow S. 716, Windscheid §. 185, Holzschuher S. 109), nach A. L.-R. I. 9. §§. 248—252 und dem cod. civ. Art. 561; übereinstimmend Winiwarter II. S. 177, Stubenrauch I. S. 790, Zródłowski I. S. 131—145; a. M. Nippel III. S. 315.

6) Entsch. G.-H. 1860 Nr. 26 [= Sammlung II. Nr. 1014], Stubenrauch S. 791, Kirchstetter S. 192, Zródłowski S. 148. Diese Bestimmung ist dem A. L.-R. entlehnt, welches I. 9. §. 246 an der Insel (§. 224 an der Antreibung, §. 263 am Flußbett) nur ein den Uferanrainern ausschließlich zustehendes Occupationsrecht gewährt, obwohl es diese Erwerbsarten in der Aufschrift des bezüglichen Abschnittes unter die „Zu- und Anwüchse" subsumirt (vgl. Cod. civ. Art. 559 über die Antreibung). Die Accession bildet also hier nur ein Element der Modificationsthatsache. Ein Anhaltspunkt für die gegentheilige Auffassung scheint in dem Hofd. v. 28. Dec. 1842 Nr. 608 zu liegen, wonach es zur Geltendmachung des dem Staate an Inseln in schiffbaren Flüssen zustehenden Eigenthumsrechtes weder einer förmlichen Besitzergreifung, noch in der Regel einer Eintragung in die öffentlichen Bücher bedarf; allein diese Bestimmung erklärt sich einfach aus dem Vorbehaltensein solcher Inseln für den Staat. Vgl. Kremer in der Ztschr. f. östr. R.-G. 1831 I. S. 107 fg. §. 12 fg., Winiwarter II. S. 179.

Der gleiche Gesichtspunkt bleibt auch maßgebend, wenn die in der einen Hälfte des Gewässers entstandene, und sonach den diesseitigen Uferanrainern allein gehörige Insel sich durch Anspülung oder Austrocknung allmählich auch auf die andere Hälfte hin ausbreitet, oder wenn zwischen der Insel und dem Ufer eine neue Insel entsteht[7]); die Insel spielt hier, sobald sie von dem hiezu Berechtigten in Besitz genommen worden ist, die Rolle des Ufereigenthums.[8])

Inseln in schiffbaren (oder floßbaren)[9]) Flüssen sind zu Folge eines alten deutschen Rechtssatzes[10]), der auch in das b. G.-B. übergegangen ist, dem Staate vorbehalten (§. 407).[11] Eine im Meere entstandene Insel gilt als herrenlos[12]) und kann beliebig occupirt werden.[13])

In allen diesen Fällen wird vorausgesetzt, daß der Boden, auf dem sich die Insel erhebt, das natürliche Wasserbett ist. Wären also Inseln entstanden durch die Theilung des Gewässers in mehrere Arme, durch Ueberschwemmung, oder durch die Austrocknung des zeitweise unter Wasser gesetzten Bodens, so wird an dem früheren Eigenthum nichts geändert (§. 408).[14])

2) Das verlassene Wasserbett (alveus relictus)[15]) fällt ebenfalls regelmäßig den Uferanrainern zu, von welchen es wie eine neu entstandene

---

7) Stubenrauch S. 791, Kirchstetter S. 192; ebenso nach röm. R. (L. 65. §. 3. D. 41. 1, Vangerow S. 716, Arndts §. 153, Holzschuher S. 109). Hieraus ergibt sich die Unrichtigkeit der Behauptung (z. B. Stubenrauch's S. 789, Lemayer's G.-Z. 1869 Nr. 42), daß das Bett eines Privatgewässers, schon bevor es vom Wasser verlassen worden, den Uferanrainern bis zur Mitte gehöre. Die Entblößung vom Wasser wäre dann keine Eigenthumserweiterung durch Accession, sondern nur eine Beseitigung der bis dahin im Wege gewesenen Benutzungshindernisse, und die Grenzlinie zwischen den beiderseitigen Uferanrainern müßte eine unverrückbare sein, während sie sich in der That mit der Aenderung des Wasserbettes selber ändert. Mit Recht sagt daher Entsch. G.-H. 1865 Nr. 31 [= Sammlung IV. Nr. 1873], daß die Anrainer kein Eigenthumsrecht an dem nicht verlassenen Flußbett haben; ebenso Kißling Wasserbezugsrechte S. 8, wo er hervorhebt, daß der Entschädigungsanspruch des §. 409 mit dem angeblichen Eigenthumsrecht am Flußbett unvereinbar sei, ferner Zródłowski S. 132, der betont, daß das Flußbett nicht mit Rücksicht auf seine gegenwärtige, sondern im Hinblick auf die zukünftige Beschaffenheit als Fortsetzung des Ufergrundstücks anzusehen sei.

8) So lange eine Besitznahme nicht erfolgt, ist lediglich die Mittellinie des Gewässers maßgebend. Auf die Besitznahme kann verzichtet werden, das Recht zu derselben kann aber nicht durch Verjährung erlöschen (dagegen Stubenrauch S. 791 und Kirchstetter S. 192); wohl aber ist Ersitzung durch einen Unberufenen denkbar.

9) Hofd. v. 8. Dec. 1842 Nr. 608 J.-G.-S.

10) Gerber §. 99, Gengler S. 213, 214.

11) Die Bestimmung findet sich auch im Cod. civ. Art. 560, und als Regel im A. L.-R. I. 9 §. 244. Vgl. auch Kremer a. a. O.

12) Windscheid §§. 184, 185.

13) Ebenso ist §. 407 b. G.-B. auf künstlich hergestellte Inseln nicht anwendbar. Entsch. G.-Z. 1860 Nr. 26 [= Sammlung II. Nr. 1014].

14) L. 30. §. 2. D. de A. R. D. 41. 1; vgl. über das Ganze auch §§. 22—24. J. 2. 1.

15) Vgl. bes. Wächter Rechtslex. I. S. 16—19.

Insel in Besitz genommen und getheilt wird.[16]) Eine Ausnahme davon bildet aber nach östr. Recht der Fall, wenn durch den neuen Lauf des Gewässers Grundbesitzer Schaden gelitten haben; diese haben nämlich vor Allem den Anspruch, aus dem verlassenen Bette oder dessen Werth entschädigt zu werden; erst der allfällige Ueberrest wird unter die Anrainer vertheilt (§§. 409, 410).[17]) Von selbst fällt jedoch das Bett auch den beschädigten Grundbesitzern nicht zu, sondern sie haben nur einen auf demselben haftenden Anspruch auf Entschädigung aus demselben.[18])

Eine Ausnahme von dem Gesagten gilt aber offenbar auch dann, wenn das Bett eines schiffbaren oder floßbaren Gewässers von demselben bleibend verlassen wurde; da nämlich die in einem solchen entstandene Insel dem Staate zufällt, so gilt naturgemäß das Gleiche auch von dem verlassenen Wasserbette, da die Insel nur einen Theil des Bettes bildet.[19]) Demnach müssen auch alle Accessionen eines solchen verlassenen Bettes[20]) dem Staate zufallen. Umgekehrt kommt aber auch gegen den Staat der Grundsatz zur Anwendung, daß die durch den neuen Lauf des Gewässers beschädigten Grundbesitzer Anspruch auf Entschädigung aus dem verlassenen Flußbett haben.

---

16) Daß es auch hier einer vorläufigen Besitznahme bedarf, folgt aus der im §. 410 enthaltenen Gleichstellung des Flußbettes mit der Insel. Stubenrauch S. 792, Kirchstetter S. 192, Zródłowski S. 156, vgl. A. L.-R. I. 9 §. 263. Nach röm. R. vollzieht sich die Accession ipso jure (§. 23. J. 2. 1). — Aus §. 410 b. G.-B. folgt, daß, wenn der Fluß nur auf Einer Seite zurückweicht, das Bett, den Fall des §. 409 ausgenommen, nur den Adjacenten auf dieser Seite zufällt (Holzschuher S. 107, Cod. civ. Art. 557). Damit verrückt sich auch die Grenzlinie der Antheile an dem später etwa vollständig verlassenen Flußbette.

17) Vgl. Entsch. G.-Z. 1858 Nr. 126 (= Sammlung I. Nr. 287). Diese, dem röm. R. unbekannte Ausnahme findet sich auch im A. L.-R. I. 9 §. 271 und im Cod. civ. Art. 563.

18) Damit behebt sich die eine Schwierigkeit, die Kirchstetter S. 191 bei der Lösung der divergirenden Ansprüche findet; doch ist die Art der Auseinandersetzung zwischen den verschiedenen Anspruchsberechtigten überhaupt sehr streitig. Die meisten Schriftsteller (anders Nippel III. S. 319 fg.) gehen von der Annahme aus, es bestehe Miteigenthum, und wollen daher Theilung nach §§. 830, 841, 843 zulassen. Allein die mehreren Beschädigten haben noch nicht Miteigenthum, sondern höchstens einen Anspruch auf Erwerbung desselben. Darum will Zródłowski S. 156—166 die Auseinandersetzung durch Veräußerung und nur dann durch Naturaltheilung erfolgen lassen, wenn alle Theilnehmer darüber einig sind. Arg. §. 409 verb.: „aus dem verlassenen Bette oder dessen Werthe."

19) Kalessa Jurist XVI. S. 32 fg., welcher jedoch als Grund einerseits die Gleichstellung des Flußbettes mit der Insel (§. 410), andererseits den Umstand anführt, daß nach §. 287 Ströme und Flüsse Eigenthum des Staates seien. Vgl. A. L.-R. II. 15 §. 68. — Nach gem. R. gilt das Bett eines schiffbaren Flusses als öffentliche Sache. Darum wurde in einem Rechtsfalle (Würtemb. Archiv f. Recht und Rechtsverw. XII. 2 S. 309, mitgetheilt in östr. Verw.-Ztschr. 1870 Nr. 2) der Anspruch einer Gemeinde auf provisorischen Schutz im ausschließlichen Bezug des Kieses und Sandes aus den Kiesbänken der Donau, auf Grund mehr als 30jährigen Genusses dieses Rechtes erhoben — als unbegründet abgewiesen, weil das Bett eines schiffbaren Flusses eine öffentliche Sache und daher nicht Gegenstand eines Privatrechtes sei.

20) Z. B. ein in dem verlassenen Flußbett aufgeführtes Gebäude.

Auch hier wird vorausgesetzt, daß das Gewässer sein natürliches Wasserbett verlassen habe; ist ein Grundstück nur vorübergehend überschwemmt worden und das Gewässer hierauf wieder zurückgetreten, so wird an dessen Eigenthumsrecht nichts geändert (§. 408 a. E.).[21]) Wohl aber werden die Grundsätze über das Anfallen des Wasserbettes (an die Anrainer und den Staat) auch dann Geltung haben, wenn das Flußbett künstlich verlegt worden ist[22]), es sei denn das Gegentheil besonders bestimmt.[23])

Da die entwickelten Rechtssätze nur bei fließenden Gewässern Geltung haben, so finden sie insbesondere keine Anwendung, wenn ein Landsee künstlich trocken gelegt oder durch Naturgewalt entleert worden ist.[24]) Das Bett gehört im ersten Falle den Unternehmern der Trockenlegung, im zweiten ist es als herrenlos zu betrachten.[25])[26])

3) Die Anspülung (alluvio), d. h. dasjenige Erdreich, welches durch das fließende Gewässer allmählich und unmerklich an ein Ufer angelegt wird, wächst dem betreffenden Ufereigenthümer zu (§. 411).[27])

4) Wird ein beträchtliches abgerissenes Erdstück (avulsum) durch die Gewalt des Flusses (sog. Antreibung)[28]) an ein fremdes Ufer gelegt, so wird es nach röm. Recht zur Accession, sobald es mit dem Ufer verwachsen ist; bis dahin kann es vom Eigenthümer zurückgefordert werden.[29]) Das östr. Recht knüpft an die Antreibung die gleiche Wirkung dann, wenn der vorige Besitzer an dem Erdstücke sein Eigenthumsrecht binnen Jahresfrist nicht ausübt (§. 412).[30]) Eine solche beliebige Ausübung ist aber wohl nur dann zulässig, wenn das Erdstück nur an das Ufer, nicht auch, wenn es auf das Ufer gelegt worden ist; hier fände nur

21) Ebenso nach §. 24 J. de r. d. 2. 1 und A. L.-R. I. 9 §. 272.

22) Dagegen Windscheid §. 185 Note 2; vgl. A. L.-R. I. 9 §. 273.

23) Es ist nur particulares, für einige Länder geltendes Recht, welches solche besondere Bestimmungen enthält. (Ges. v. 19. Febr. 1873 Nr. 32 bestimmt für Niederösterreich und Schlesien, es gehöre der durch Wasserregulirungsbauten gewonnene Grund und Boden den Unternehmern, doch müsse er, wenn er nicht zur besseren Verlandung und Befestigung des Ufers benöthigt wird, den Uferanrainern auf Verlangen gegen Erstattung des Werthes abgetreten werden. [So oder ähnlich auch die meisten Landeswasserrechtsgesetze, meist §. 47.] Noch speciellere Bestimmungen gelten nach dem Ges. v. 8. Febr. 1869 Nr. 29 für die Donauregulirung bei Wien, wonach das trocken gelegte Flußbett dem Donauregulirungsfond gehört.) Da die Bestimmungen des b. G.-B. nicht unterscheiden, so müssen sie wohl auch auf unseren Fall überall da angewendet werden, wo nicht etwas anderes bestimmt ist.

24) Man denke z. B. an das Haarlemer Meer in Holland, an den Neusiedler See in Ungarn.

25) Uebereinstimmend Windscheid §. 185 Note 2; nach A. L.-R. I. 9 §. 268 wird das Bett eines abgelaufenen Sees wie ein verlassenes Flußbett behandelt.

26) Nach Keller §. 141 sollen auch Veränderungen des Meeres (wie z. B. durch allmähliche Hebung der Küsten in Schweden) nicht unter diese Regeln fallen, weil Meeresufer öffentliches Gut (res publica) sind.

27) Ebenso nach §. 20 J. 2. 1. Wächter S. 21.

28) Der Ausdruck wurde zuerst von Windscheid gebraucht.

29) §. 21. J. 2. 1. Wächter S. 21, 22, Windscheid §. 188.

30) Der Satz ist dem A. L.-R. I. 9 §. 223 und Cod. civ. Art. 559 entnommen.

eine Rückforderung (keine andere Eigenthumsausübung) statt, weil der Grundeigenthümer in seinem Luftraum fremde Handlungen zu verstatten nicht verpflichtet ist. — Diese Eigenthumserweiterung durch Antreibung ist (oben I. §. 141 S. 421) die Wirkung einer deutschrechtlichen Eigenthumsverjährung.[31]) Eine Ersatzleistung kann der frühere Eigenthümer wegen des Eigenthumsverlustes nicht fordern, da er auf seinem freien Willen beruht.[32])

Analog wird das Gesagte auch dann zur Anwendung kommen, wenn durch Erdabrutschung u. dgl. ein Theil eines Grundstückes auf ein anderes (fremdes) gelegt worden wäre.

§. 239. Erlöschung des Eigenthumsrechtes.

Von Erlöschung des Eigenthumsrechtes kann eigentlich nur gesprochen werden, wenn dasselbe absolut, d. h. ohne in der Person eines anderen Berechtigten fortzudauern, aufgehoben wird. Man rechnet aber mitunter zur Erlöschung auch die sog. relative, die darin besteht, daß das Eigenthum nur für den bisher Berechtigten zu bestehen aufhört, in der Person eines Anderen aber fortdauert. So auch b. G.-B. §. 444, der das Eigenthumsrecht ganz allgemein durch den Willen des Eigenthümers, des Richters[1]) oder des Gesetzes verloren gehen läßt. Allein die relativen Erlöschungsfälle enthalten im Grunde nur Uebertragungsarten des Eigenthumsrechtes, von denen bereits gehandelt ist; es soll daher hier nur von den absoluten gesprochen werden.

I. Bei beweglichen Sachen, denen jene unbeweglichen gleichzuachten sind, die in keinem Grundbuche vorkommen, erlischt das Eigenthumsrecht:

1) Durch Dereliction, d. i. durch das Aufgeben ihres Besitzes ohne dessen Uebertragung an einen Anderen. Hiedurch wird die Sache herrenlos und damit Gegenstand freier Occupation (§. 386). Doch genügt hier nicht das bloße Aufgeben des Besitzwillens, wie ja auch zur Erwerbung des Eigenthums der bloße Wille nicht genügt[2]), und es richtet sich der Verlust eines Rechtes nach denselben Grundsätzen, wie dessen Erwerbung[3]) (vgl. §. 386 verb.: „nicht behalten will und daher verläßt"). Zur Wirksamkeit der Dereliction ist übrigens, da sie unter den

---

31) Unger II. S. 283, welcher aber bemerkt (Note 104), daß er diesen speciellen Fall in den deutschen Quellen nicht erwähnt findet; Kirchstetter S. 192 Note.

32) Windscheid §. 190 Note behauptet eine Entschädigungspflicht des gewinnenden Ufereigenthümers für das avulsum. Dagegen Keller §. 141 a. E., Arndts §. 152 Anm. 4 lit. b.

1) Z. B. bei der executiven Uebergabe eines gerichtlich veräußerten Gutes, bei der Nachlaßeinantwortung.

2) So wird auch nach röm. R. zur Eigenthumsdereliction das Aufgeben der Detention als wesentlich betrachtet, während zum Verlust des Besitzes durch Dereliction das Aufgeben des animus rem sibi habendi hinreicht. Unger II. S. 181 Note 31, Windscheid §. 191.

3) L. 1. D. pro derel. 41. 7: „. . . iisdem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur.

Begriff der Veräußerung fällt, volle Handlungsfähigkeit des Derelinquirenden erforderlich.[4][5])

2) Durch den Untergang der Sache; das Eigenthumsrecht erlischt, weil es ohne Object nicht existiren kann (§. 1447). Als untergegangen ist die Sache auch anzusehen, wenn sie, wie in den Fällen der §§. 416—420, ein juristisch untrennbarer Bestandtheil einer anderen geworden ist.

3) Bei eingefangenen wilden und bei zahmgemachten Thieren hört das Eigenthumsrecht auf durch ihre Rückkehr in den Zustand der natürlichen Freiheit.[6]) Bei den zahmgemachten wird dies angenommen, wenn sie durch sechs Wochen von selbst ausgeblieben sind, bei einem Bienenschwarm insbesondere, wenn er vom Eigenthümer binnen zwei Tagen nicht verfolgt wurde (§. 384).[7]) Verlaufene Hausthiere dagegen werden nach den Grundsätzen über das Finden verlorener Sachen behandelt (§§. 388—394).[8])

4) Durch gänzliche Außerverkehrsetzung (§§. 355, 356).[9]) Bei Grundstücken, welche in keinem Grundbuche vorkommen, gehört hieher insbesondere der Fall, wenn sie in ein Flußbett umgewandelt worden sind.

5) Das zeitliche Eigenthumsrecht erlischt durch Zeitablauf (§. 1449). Von dieser Art ist insbesondere das Eigenthum an einer durch Modalschenkung erlangten Sache, da es durch die Nichterfüllung des Modus von selbst aufgehoben wird (§§. 901 mit 709, 710).[10]) Die bloße Widerruflichkeit einer Schenkung dagegen (z. B. wegen groben Undanks) macht das Eigenthum an der geschenkten Sache noch nicht zu einem zeitlichen, sondern der Widerrufsfall erzeugt nur eine persönliche Verbindlichkeit zur Rückgabe (vgl. §. 949). Das Gleiche gilt bei einer mit dem Wiederkaufsrecht behafteten Sache (§§. 1068—1070). Die Zeitlichkeit wirkt übrigens nicht gegen jenen Erwerber der damit behafteten Sache, der sie ohne Kenntniß dieser Beschränkung entgeltlich an sich gebracht hat (arg. §§. 468, 527).

---

4) Auch Miteigenthumsrecht kann derelinquirt werden. Fällt es dann dem anderen Miteigenthümer durch Accrescenzrecht zu? Die Frage wird bejaht von Ihering Dogm. Jahrb. X. S. 263, 304 und Anderen; vgl. auch Baron Gesammtrechtsverh. S. 407 fg., allein sie dürfte wohl zu verneinen sein. Nur soviel ist richtig, daß der andere Miteigenthümer der nächste Occupant sein wird; wie könnte auch ein Dritter occupiren?

5) Die Dereliction kann auch bedingt erfolgen. Gehört dahin auch der vielbesprochene Fall des jactus missilium? Vgl. Ihering a. a. O. S. 476. Nach Ihering ebda. S. 442 hindert die Belastung der Sache mit Pfandrechten u. dgl. die Dereliction und deren Wirksamkeit nicht, nur bleiben trotz des erloschenen Rechtes dessen passive Wirkungen aufrecht.

6) §. 15 J. de r. d. 2. 1, Puchta §. 143, Arndts §. 127, Windscheid §. 191.

7) Bei dem Bienenschwarm greift freilich nach östr. R. das Motiv einer fingirten Dereliction durch.

8) Anders in der Militärgrenze, wo nach den bestehenden Verordnungen verlaufenes Vieh nach Ablauf der festgesetzten Frist zu Gunsten des Grenzproventenfonds veräußert wird, jedoch binnen sechs Wochen dem Ersteher gegen Ersatz der Auslagen abgefordert werden kann.

9) Arndts §. 127, Puchta §. 143, Windscheid §. 191.

10) Unger II. S. 227.

II. Hinsichtlich der im Grundbuch vorkommenden unbeweglichen Sachen bildet das Eigenthumsrecht (oben Ausf. I. S. 240) ein gebundenes Recht von der Classe derjenigen, bei welchen der maßgebende Zustand ein reines Factum ist, und welches daher nur durch die Beseitigung dieses Zustandes wieder aufgehoben werden kann. Der maßgebende Zustand ist das gesetzmäßige Eingetragensein im öffentlichen Buche; es kann also das Eigenthum an solchen unbeweglichen Sachen nur durch Austragung aus dem öffentlichen Buche (sog. bücherliche Löschung, Extabulation) aufgehoben werden (§. 444 b. G.-B.).[11]) Jene Thatsachen, welche bei beweglichen Sachen für sich zur Aufhebung des Eigenthumsrechtes genügen (z. B. Untergang, Dereliction, Verlust der Verkehrsfähigkeit), sind hier zu diesem Effecte nicht ausreichend, sondern sie gewähren nur die Berechtigung, die bücherliche Löschung zu verlangen, sie sind nur sog. Löschungstitel.[12]) Das hat zur Folge, daß gegen den bisherigen Eigenthümer bis zu seiner Löschung Schuld- und andere Intabulationen fortwährend mit der gewöhnlichen Wirkung, namentlich mit der Rechtsfolge stattfinden können, daß die dadurch begründeten Lasten von jedem späteren Eigenthümer übernommen werden müssen (§. 443).[13]) Was insbesondere die Frage betrifft, ob die Dereliction eines im öffentlichen Buche vorkommenden Grundstücks vor der Löschung des Derelinquenten Dritte zur Occupation berechtige, so muß sie, obwohl das Grundstück durch die bloße Dereliction noch nicht herrenlos wurde, wohl bejaht werden, weil in der Dereliction die zu Gunsten Jedermanns gewährte Berechtigung zur beliebigen Besitznahme gelegen ist, und somit derjenige, der das Grundstück occupirt, in Uebereinstimmung mit dem Willen des bisher Berechtigten handelt. Durch eine solche Occupation kommt also eine Willensübereinstimmung, wie im Falle etwa eines Kaufes zu Stande[14]), und der Occupant hat somit alle Befugnisse eines in den Besitz gesetzten, aber noch nicht umschriebenen Käufers. Er hat also nicht nur Besitz und beliebiges Benutzungsrecht des Grundstücks, sondern auch einen Umschreibungstitel, den er gegen den Derelinquenten nicht nur im Klagewege, sondern analog der exc. rei vend. et trad. auch im Einredewege geltend machen kann; ebenso gelten in Betreff der Wirksamkeit dieses Titels gegenüber den Singularsuccessoren des Derelinquenten oder Occupanten die von der exc. rei vend. et trad. bereits entwickelten Grundsätze.

Es gibt Fälle, in denen die Dereliction vom Gesetze fingirt wird, und zwar:

---

11) Vgl. Unger II. S. 182, dessen Motivirung jedoch eine andere ist.

12) Vgl. Krainz G.-Z. 1868 Nr. 100, Turnes Jurist V. S. 126 fg., welcher nachweist, daß es auch eine sog. absolute Löschung des Eigenthumsrechtes gibt, während Aussez Landt.- u. G.-B.-O. §. 444 nur eine relative anerkennt.

13) Vgl. Stubenrauch I. S. 847. Ueber die Ausnahmen im Falle der Anmerkung der Rangordnung und der executiven Versteigerung oben §. 232.

14) Es liegt zwar nicht ein förmlicher Vertrag zwischen dem Derelinquenten und dem Occupanten vor, wohl aber ein ähnliches Verhältniß, wie im Falle der Auslobung, die ebenfalls den Auslobenden bindet, sobald ein Dritter darauf eingegangen ist.

1) Bei baufälligen Häusern in Städten, deren Instandhaltung der Eigenthümer trotz Aufforderung von Seite der politischen Behörde unterläßt; sie sind an den Meistbietenden gegen die Verpflichtung zu deren Herstellung zu überlassen[15]) (Hofd. v. 1. Juli 1784[16]), v. 24. Aug. 1837[17]); verschiedene Bauordnungen, z. B. jene für Mähren v. 12. Sept. 1835 §. 41).[18])

2) Bei vormals unterthänigen Grundstücken, deren Anbau gänzlich unterlassen worden ist. Sie werden nach dreijähriger fruchtloser Mahnung durch die Administrativbehörde an denjenigen überlassen, der sich verpflichtet, sie in culturmäßigen Stand zu versetzen (Pat. v. 17. April 1784 §. 9).[19]) Auf diese Bestimmungen hat §. 387 Bezug[20]), der diese Fälle vom Standpunkt einer fingirten Dereliction behandelt.

Die **Löschung** im öffentlichen Buche besteht nicht etwa im Ausstreichen des bezüglichen Eintrages, sondern in einer neuen Eintragung des Inhaltes, daß das betreffende Recht zu bestehen aufgehört habe (daß es „gelöscht" worden sei), also in einer Intabulation des Löschungstitels. Es ist dazu, wie zu jeder Intabulation, die Vorlage einer Tabularurkunde, also entweder einer mit den gesetzmäßigen Erfordernissen versehenen Privat- oder öffentlichen Urkunde erforderlich (G.-B.-G. §. 26, 8).[21]) Liegt nur eine glaubwürdige, aber nicht mit allen Solennitäten versehene Privaturkunde vor, so ist auch hier zur Verhinderung weiterer Belastungen eine **Pränotation** zulässig (G.-B.-G. §§. 8, 35).[22]) „Wurde die Löschung eines Rechtes nur vorgemerkt, so können in Hinsicht desselben zwar weitere Eintragungen, z. B. von Afterpfandrechten oder Cessionen, bewilligt werden; doch hängt der rechtliche Bestand davon ab, ob die Vormerkung der Löschung gerechtfertigt wird oder nicht. Wird die Vormerkung gerechtfertigt, so sind bei der Eintragung der Rechtfertigung zugleich alle jene Eintragungen von Amtswegen zu löschen, welche hinsichtlich des nunmehr gelöschten Rechtes mittlerweile bewilligt wurden" (G.-B.-G. §. 50).

Die bücherliche Löschung als negative Eintragung muß wie jede andere Eintragung eine gesetzmäßige sein. Es würde also z. B. die

---

15) Auch nach röm. R. waren einzelne Städte befugt, wenn Jemand sein Haus so verfallen ließ, daß es zusammenstürzte, den Platz zu verkaufen. **Keller** §. 147, L. 4. Cod. 11. 29.

16) Das Hofd. wurde nur in Galizien kundgemacht, aber mit dem Beifügen, daß ähnliche Bestimmungen bereits in anderen Erbländern bestehen, wo sie sich auch wirklich in den Bauordnungen fanden.

17) Vgl. **Koppel** Strafgesetz S. 218.

18) **Koppel** S. 194 fg. Vgl. b. G.-B. §. 343, St.-G.-B. §. 381.

19) Auch das röm. R. enthält den Satz, daß, wer ein steuerpflichtiges Grundstück wüst liegen läßt, es an denjenigen verliere, der es anbaut und nicht binnen zwei Jahren für seine Verwendungen entschädigt wird. L. 8 Cod. 11. 58. Vgl. **Heimbach** Rechtslex. VII. S. 559—561, **Arndts** §. 154 Anm. 3, **Vangerow** §. 313. Für die heutige gemeinrechtliche Anwendbarkeit dieser Bestimmungen **Holzschuher** II. S. 179 unter Berufung auf das übereinstimmende ältere deutsche Recht: „Wächst der Busch dem Reiter an den Sporn, so hat der Unterthan sein Recht verloren."

20) Dagegen jedoch Randa Právo vlastnické S. 41, 61.

21) **Aussez** Landt.- u. G.-B.-O. §. 455.

22) **Aussez** §. 467.

Löschung auf Grund einer gefälschten Urkunde oder auf Grund einer von einem Tabularbesitzer, der aber nicht wirklicher Eigenthümer ist, ausgestellten Löschungserklärung den Untergang des Eigenthums so wenig bewirken, wie die von dem Grundbuchsbeamten ohne gerichtlichen Auftrag vorgenommene oder mit einem sonstigen Nullitätsgebrechen behaftete Löschung.[23]) Zur Wiederherstellung des gesetzmäßigen Grundbuchstandes dienen die oben bereits erörterten Rechtsmittel (vgl. §. 62 fg. G.-B.-G.).

Wie bei gebundenen Rechten überhaupt, so gilt auch beim bücherlichen Eigenthum als Erlöschungsart der Zeitablauf (§. 1449). Wurde nämlich das Eigenthumsrecht durch ein Rechtsgeschäft auf einen bestimmten Termin beschränkt (sog. zeitliches Eigenthum), so erlischt es mit dem Eintritt dieses Termins, ohne Unterschied, ob es bücherlich gelöscht wurde oder nicht.[24]) Denn in solchem Falle besteht der Titel nur für die bestimmte Zeit; für die Folgezeit fehlt es an einem Titel des Eingetragenseins ganz und gar, letzteres wird also dadurch zu einem ungesetzmäßigen, und da nur das gesetzmäßige Eingetragensein Eigenthum bewirkt, so entfällt mit diesem Momente das Eigenthumsrecht von selbst, ohne daß es zu diesem Zwecke einer bücherlichen Löschung bedarf. Dem steht auch nicht entgegen §. 444 a. E., da er selbstverständlich nur von der Löschung eines gesetzmäßigen Eingetragenseins spricht; in Uebereinstimmung damit stehen die §§. 468, 527, 1236, 1449.

Die Zeitlichkeit des Eigenthumsrechtes muß im öffentlichen Buche ersichtlich gemacht werden. Wäre dies nicht der Fall, so wäre das Eigenthumsrecht thatsächlich nicht ein zeitliches, sondern es bestünde nur ein persönlicher Anspruch auf Rückstellung beim Eintreffen des bestimmten Termins, welcher Anspruch gegen Dritte nur wirkt, wenn er ihnen bei Erwerbung ihres bücherlichen Rechtes bekannt war[25]) (§§. 468, 527). Das durch Zeitablauf erloschene bücherliche Recht soll indeß zum Zwecke der Evidenzhaltung der öffentlichen Bücher zur Extabulation gebracht werden, und es genügt zu diesem Zwecke bei auf die Lebensdauer beschränkten Rechten die Vorlage des Todtenscheines oder der Todeserklärung. Eine Ausnahme machen die Rechte auf wiederkehrende Leistungen, welche in dieser Weise erst drei Jahre nach dem Erlöschungsfall extabulirt werden können (§. 34 G.-B.-G.).

§. 241. Der Klagegrund bei der eigentlichen Eigenthumsklage.

Klagegrund und damit Gegenstand des Beweises ist hier das Eigenthum des Klägers und der Besitz oder die Detention des Geklagten (§. 369). In der ersten Beziehung hat der Kläger lediglich die Erwerbung, nicht auch die seitherige Fortdauer seines Eigenthums zu erweisen, da vielmehr

23) Aussez §. 445 fg.

24) Vgl. Entsch. G.-Z. 1860 Nr. 57 [= Samml. II. Nr. 1000] und Krainz G.-Z. 1868 Nr. 100.

25) Es verhält sich damit, wie mit anderen gebundenen Rechten der zweiten Art, wie z. B. mit Wechselforderungen, bei denen ein aus dem Wechsel nicht ersichtlicher Endtermin Dritten gegenüber nicht wirkt.

dem Geklagten die allfällige spätere Erlöschung des vom Kläger erworbenen Eigenthums zu beweisen obliegt.[1]) Die Erwerbung wird erwiesen durch den Nachweis des Vorhandenseins jener Bedingungen, wodurch eine bestimmte Thatsache zur Eigenthumserwerbungsthatsache wird. Beim derivativen Eigenthumserwerb ist also auch das Eigenthum der Vormänner zu erweisen[2]), bis man auf eine originäre Erwerbsart, z. B. die Ersitzung, gelangt; die Behauptung, daß vielmehr der Beklagte einzuwenden und nachzuweisen habe, es sei der Vormann nicht Eigenthümer gewesen[3]), streitet nicht nur gegen die Grundsätze von der Beweislast, sondern hebt auch jeden Unterschied zwischen der strengen Eigenthums- und der publicianischen Klage auf.

Wer insbesondere sein Eigenthum auf die Ersitzung stützt, hat die Fortdauer seines Besitzes durch die vom Gesetze bestimmte Zeit und bei der eigentlichen Ersitzung auch dessen Rechtmäßigkeit darzuthun[4]); dagegen ist die Redlichkeit weder in diesem noch in anderen Fällen, wo sie für den Eigenthumserwerb von Bedeutung ist (§§. 330, 367, 371, 824), zu erweisen, da für deren Vorhandensein eine gesetzliche Vermuthung spricht (§. 328).[5]) Zum Beweise der gesetzmäßigen Fortdauer des Besitzes genügt die Nachweisung seines Erwerbes und seines Bestandes zur Zeit der vollendeten Ersitzung[6]); die allfällige Unterbrechung desselben (usurpatio) muß vom Geklagten eingewendet und erwiesen werden.[7]) Bei der auf

1) In der Praxis wird wegen §. 323 häufig das Gegentheil behauptet.

2) Arndts §. 166 Anm. 3, Windscheid §. 196 Note 3. Daher die Bezeichnung: probatio diabolica.

3) So Thibaut Civ. Arch. VI. 15, Brinz S. 246, Pagenstecher S. 143 fg. Dagegen Vangerow I. §. 332, Windscheid a. a. O.

4) Savigny Besitz S. 462, 463, 578 Note 2, Puchta Rechtslex. II. S. 73.

5) Arndts §. 114 Anm. 4, §. 160, Savigny III. S. 465, 335, sächs. G.-B. §. 188. Unger II. S. 592 Note 39 bestreitet den Charakter dieses Satzes als einer Vermuthung; er sei nur eine Beweisregel, die sich aus den allgemeinen Grundsätzen über die Beweislast ergebe. Das ist unrichtig. Der redliche Besitzer steht zum Eigenthümer in einem obligatorischen Verhältniß; dieses Verhältniß erscheint materiell verletzt, wenn er die Sache deteriorirt oder vernichtet, und er müßte daher nach der Beweisregel des §. 1298, um vom Ersatzanspruche frei zu sein, seine Schuldlosigkeit, also seine Redlichkeit beweisen. Ebenso müßte er sie beweisen, wenn er auf Grund des §. 330 das Eigenthum der separirten Früchte für sich in Anspruch nimmt, da die bloße Separation dem Nichteigenthümer, der kein besonderes Fruchtbezugsrecht hat, noch kein Eigenthum gewährt. Das Gegentheil folgt aber aus §. 328. — Für das röm. R. ist die Frage über die Beweislast streitig; sie wird verschieden beantwortet, je nachdem man den Begriff der Redlichkeit versteht. Sieht man in der Redlichkeit etwas Positives, die Ueberzeugung von dem Vorhandensein des Rechtes, so muß man dem Usucapienten den Beweis der bona fides auflegen; so thut es auch Windscheid §. 177 Nr. 4; sieht man aber darin nur die Unkenntniß des Unrechts, so muß consequent der Besitzer von der Beweislast frei bleiben. So mit Recht Mayer über die justa causa S. 141, 142.

6) Nicht auch zur Zeit der Klage, wie in Entsch. G.-Z. 1870 Nr. 37 [= Sammlung VIII. Nr. 3732] die erste und zweite Instanz annahmen, arg. §. 1460 verb.: „. . . daß Jemand die Sache oder das Recht . . . wirklich besitze." Mit Recht verwarf der O. G.-H. diese Auffassung.

7) Vgl. Unger II. S. 459 Note 25.

die Occupation gestützten Erwerbung des Eigenthums ist neben der Apprehensionshandlung auch die Herrenlosigkeit der Sache[8]), somit, wenn sie früher bereits einem Anderen gehört hatte, deren vorausgegangene Dereliction Gegenstand des klägerischen Beweises (vgl. §. 388).

Zur Erweisung des Grundeigenthums genügt der Nachweis der erfolgten Intabulation, ohne daß erst das Eigenthum der Vorgänger besonders dargethan werden müßte[9]); da ohne vorausgegangene Intabulation des Vormannes auch der Nachmann nicht eingetragen werden durfte (§. 432 b. G.-B.), beweist die Intabulation des klägerischen Eigenthums auch das Eigenthum seiner Vormänner.[10]) Liegt aber der Beweis bereits vor, daß die Intabulation (wegen mangelnden Eigenthums des Vormannes oder aus einem anderen Grunde) nicht zum Eigenthum führte[11]), dann hat der Kläger die (Tabularersitzung[12]) oder) Verschweigung, d. h. das Vorhandensein jener Voraussetzungen zu beweisen, welche nach dem G.-B.-G. trotz mangelnden Eigenthums des Vormannes das Eigenthum begründen.

Macht der Kläger nur Miteigenthumsrecht geltend, dann hat er Erwerb und Umfang der angesprochenen Quote darzuthun (§. 827).[13])

Der zweite Theil des dem Kläger obliegenden Beweises betrifft den gegenwärtigen Besitz des Gegners. Es genügt die Nachweisung, daß der Geklagte die Sache in seiner Macht habe (§. 369), da die Eigenthumsklage auch gegen den bloßen Detentor zulässig ist (§. 366). Jedoch kann sich der Inhaber, der die Sache in fremdem Namen besitzt und daher

---

8) Bei wilden Thieren wird sie durch die Thatsache erwiesen, daß sie sich zur Zeit der Apprehension in dem Zustand der natürlichen Freiheit befanden; bei Fossilien durch den Nachweis des Fundortes.

9) So auch sächs. G.-B. §. 302. Auch unsere Praxis begnügt sich mit der Berufung auf das öffentliche Buch.

10) Auch die sonstigen Erfordernisse des giltigen Eingetragenseins sind nicht zu beweisen, sondern es ist vielmehr Sache des Gegners, wesentliche Mängel des Eingetragenseins einzuwenden und zu beweisen. Darum bestimmt auch G.-B.-G. §. 125 (ebenso schon Hofd. v. 29. Aug. 1818 Nr. 1488 J.-G.-S. §. 5), daß die Zustellung des Intabulationsbescheides und somit dessen Rechtskraft nicht bewiesen zu werden braucht (freilich aber auch, daß die Unterlassung der Zustellung keinen Nullitätsgrund bildet). Darauf beruht auch die Bestimmung des böhm. Landt.-Pat. §. 15, daß „der landtäfliche Besitzer oder Gläubiger zum Beweise seines durch die Landtafel erworbenen Rechtes nicht aufgefordert werden kann, sondern solcher liegt dem Gegentheil in Ansehung der dagegen erregten Einwendungen ob". Vgl. auch Hofd. v. 10. April 1813 Nr. 1037 J.-G.-S. und §§. 323, 324 b. G.-B.

11) Dieser Beweis wird meist erst in der gegen die Eigenthumsklage erstatteten Einrede geliefert werden; dann ist es Sache des Klägers, den im Text bezeichneten Beweis in der Replik anzubieten.

12) Dazu war erforderlich der Nachweis der Intabulation und ihrer gesetzlichen Dauer, nicht auch der Rechtmäßigkeit des Tabularbesitzes, d. h. der Giltigkeit des als Intabulationstitel dienenden Geschäftes, es sei denn, der Beklagte hätte die Echtheit der Tabularurkunde widersprochen.

13) Vgl. Keller §. 149, L. 8. D. de R. V. 6. 1. Wendet der Geklagte Miteigenthum ein, so hat er Existenz und Umfang desselben zu beweisen, es sei denn, daß der Kläger keinen Beweis geliefert hat, denn es ist dies nicht eine Einwendung, sondern ein Widerspruch. Vgl. Arndts Rhein. Mus. III. 12.

oft nicht einmal ein unmittelbares Interesse an der Fortsetzung seiner Innehabung hat, in den meisten Fällen aber auch nicht in der Lage ist, die klägerischen Beweise zu entkräften, gegen die Eigenthumsklage dadurch schützen, daß er denjenigen, in dessen Namen er detinirt, also den juristischen Besitzer, nennt und sich darüber ausweist (nominatio auctoris, §. 375).[14]) Dieser ist insofern auch der eigentliche Klagsgegner, als nur er durch den Willen, die Sache für sich zu behalten, das klägerische Eigenthumsrecht verletzt; er ist es, dem nach natürlicher Rechtsordnung in petitorischen Processen die Rolle des Beklagten zukommt; es ist also die Eigenthumsklage nun gegen ihn zu richten; wollte er die Fortsetzung des Processes nicht übernehmen, so wäre der beklagte Inhaber allerdings zur Herausgabe der Sache zu verurtheilen.[15])

Treten mehrere Besitzprätendenten zugleich gegen denselben Inhaber auf, so ist zu unterscheiden, ob sich unter ihnen einer befindet, in dessen Namen der Inhaber detinirt, oder nicht. Im ersten Falle überwiegt der Anspruch dieses Einen (wenn er übrigens gerechtfertigt ist), mag er ein dinglicher oder persönlicher sein, den aller anderen; ihm ist die Sache auszufolgen und die Ausfolgung den Uebrigen zu notificiren, denen es dann freisteht, sich an den (nunmehrigen) Besitzer zu halten; er war ja, da der Inhaber nur sein Stellvertreter war, auch vordem Besitzer, und dem Besitzer gebührt im petitorischen Proceß die Stellung des Beklagten; diese Stellung würde ihm willkürlich entzogen, wenn anders gehandelt würde. — Kommt aber der erwähnte Umstand keinem der Prätendenten zu statten (wie z. B. im Falle des Findens), dann ist in Uebereinstimmung mit dem alten deutschen Rechte[16]) die Sache zu sequestriren, d. h. dem Gerichte oder einem von demselben ernannten Verwahrer zu übergeben, und die Prätendenten haben unter einander den Präjudicialstreit darüber abzuführen, wem die Sache gebühre (§. 348). Wäre es dem Inhaber freigestellt, sie einem beliebigen Prätendenten auszufolgen, so läge es in seiner Macht, über dessen Stellung (als Kläger oder Beklagter) in dem darauf folgenden petitorischen Rechtsstreit zu entscheiden, was nicht angeht. Handelt der Inhaber diesen Grundsätzen entgegen, so haftet er den Betheiligten für allen daraus hervorgehenden Schaden; der dadurch

---

14) Vgl. Entsch. G.=Z. 1858 Nr. 69 [= Sammlung I. Nr. 346]. Uebereinstimmend L. 2. Cod. ubi in rem actio, 3. 19, doch nur von unbeweglichen Sachen handelnd, obwohl die Meisten den Satz auch auf bewegliche Sachen ausdehnen. Keller §. 149 Note 12, Windscheid §. 196 Note 6.

15) Windscheid a. a. O.

16) Nach alter deutscher Anschauung hat, wenn Zwei um ein Erbe streiten, der Richter das Gut in seine Gewalt zu nehmen, und Jene sollen darum vor ihm streiten. Sachsensp. III. 15, Schwabensp. Cap. 264, Heise und Cropp Jurist. Abh. I. Nr. XIV, bes. Note 49. — Dagegen ist ohne die im §. 348 gemachte Unterscheidung nach L. 57. D. de R. V. 6. 1 und L. 57. D. de H. P. 5. 3 die Sache Jenem herauszugeben, der zuerst obsiegt, jedoch gegen Caution für den Fall, daß der zweite Prätendent ein besseres Recht erweist. — Den Anschluß des b. G.=B. an das deutsche Recht billigt Unger II. S. 374 Note 19, Erbr. S. 173 Anm. 15.

begründete Besitz aber kann freilich im possessorischen Wege nicht mehr angefochten werden.[17])

Der Nachweis, es habe der Geklagte den Besitz der Sache irgend einmal gehabt, enthält noch nicht den Beweis des gegnerischen Besitzes; denn der Besitz als eine fortdauernde Thatsache muß, wie in anderen Fällen, so auch hier, für jeden maßgebenden Moment nachgewiesen werden[18]), und dieser Moment ist hier die Zeit nach zugestellter Klage[19]); die Klage bleibt nämlich (unten) statthaft, wenn auch der um diese Zeit vorhandene Besitz nachträglich aufgehoben wurde; es muß aber auf Rückstellung auch dann erkannt werden, wenn der Beklagte zwar nicht zur Zeit der Klage, wohl aber zur Zeit der Beweisführung Besitzer der Sache ist.

Zum Beweise des gegnerischen Besitzes gehört, namentlich wenn es sich um die Vindication beweglicher Sachen handelt, auch der Beweis der Identität der im Besitze des Geklagten befindlichen Sache mit derjenigen, woran der Kläger das Eigenthum erworben zu haben behauptet, und zu diesem Zwecke die Angabe der kennzeichnenden Merkmale derselben (§. 370). Eine Klage auf Vorweisung (a. ad exhibendum), um sich von ihrer Identität zu überzeugen, hat jedoch der Kläger nach östr. Recht nicht.[20])

Die Grundsätze von der Beweislast erleiden eine Modification, wenn der Beklagte den Besitz der Sache im Proceß leugnet und dessen überwiesen wird; er ist nämlich, auch wenn der Kläger den Eigenthumsbeweis nicht erbracht hat, zur Herausgabe zu verurtheilen[21]), weil schon diese Ableugnung die Wahrscheinlichkeit des klägerischen Rechtes begründet. Doch hat er damit nicht das Eigenthum (wenn es ihm zusteht), sondern nur den Besitz und damit die Beklagtenstellung eingebüßt; es bleibt ihm unbenommen, die Eigenthumsklage zu erheben, ohne die exc. rei jud. befürchten zu müssen (§. 376).

In gewissen Fällen ist die Eigenthumsklage auch gegen einen Nicht=

---

17) Der Satz des §. 348 ist nicht nur eine Weisung für den Richter, sondern insbesondere auch für den Inhaber selbst; er gilt daher auch für außergerichtlich erhobene Restitutionsansprüche.

18) Savigny Besitz S. 462, 463.

19) Die Frage, für welche Zeit der Besitz des Beklagten bewiesen werden muß, ist streitig. Nippel Ztschr. f. R.= u. St.=W. 1825 I. S. 353 fg. meint, entscheidend sei die Zeit der eingebrachten Klage, Gapp ebda. 1829 II. S. 66 fg., die Zeit der außergerichtlichen Zurückforderung, nur müsse diese kurz vor Ueberreichung der Klage geschehen, Winiwarter fordert den Nachweis, daß der Beklagte die Sache noch inne habe. Savigny VI. S. 75 lehrt, es sei gleichgiltig, ob der Beklagte den Besitz zur Zeit der Litiscontestation habe, zur Zeit des Urtheils aber müsse er ihn nothwendig haben; arg. L. 30. pr. D. de pec. 15. 1 und L. 27. §. 1. D. 6. 1. — Das Richtige ist, daß zur Statthaftigkeit der Eigenthumsklage der Besitz zur Zeit der Klagezustellung genügt (§. 378); auf Rückstellung kann jedoch nur erkannt werden, wenn der Besitz zur Zeit der Beweisführung vorhanden ist.

20) Vgl. hierüber Winiwarter II. S. 132.

21) Ebenso nach röm. R. Arndts §. 166, Windscheid §. 196. Vgl. sächs. G.=B. §. 300. Dieser Verlust des Besitzes ist eine Privatstrafe, ähnlich dem (im röm. R.) eintretenden Verlust der Forderung wegen Selbsthilfe. Vgl. Savigny Obl.=Recht II. S. 299.

besitzer (fictus possessor)[22]) zulässig; den Inhalt des Anspruchs bildet dann die Leistung von Schadenersatz.[23]) Solche fingirte Besitzer sind:

1) Derjenige, der den Besitz doloser Weise aufgab (qui dolo desiit possidere). Geschieht dies nach der Klagezustellung, so geht der Anspruch, wenn der Kläger es nicht vorzieht, sich an den dermaligen Besitzer zu halten, auf das Zurückverschaffen der Sache auf Kosten des Geklagten[24]), oder nach Auswahl des Klägers auf deren Bezahlung nach dem außerordentlichen Werthe (§. 378).[25]) Gegen den unredlichen Besitzer entsteht jedoch dieser Anspruch ohne Rücksicht auf die Zeit der Veräußerung[26]); er hat also auch, wenn sie vor zugestellter Klage geschah, den außerordentlichen Preis zu ersetzen (§§. 335, 1331, 1332); der redliche Besitzer hingegen hat, wenn er die Sache vor diesem Zeitpunkt veräußert, nicht einmal das erhaltene Entgelt herauszugeben, und der Eigenthümer kann sich nur an den dermaligen Besitzer halten.[27])

2) Derjenige, welcher sich fälschlich für den Besitzer ausgibt (qui liti se obtulit, §. 377).[28]) Er kann dadurch bewirken, daß der Eigenthümer gegen ihn den Proceß auf Rückstellung der Sache vergeblich durchführt, und dabei die Gelegenheit verliert, sich noch rechtzeitig an den wahren Inhaber zu halten. Der Anspruch geht nun auf den Ersatz des dadurch erlittenen Schadens oder eventuell auf Bezahlung des vollen Werthes der Sache.[29])

---

22) Keller §. 149, Arndts §. 166, Windscheid §§. 193, 196.

23) Es liegt eine Modification des Restitutionsanspruchs vor unbeschadet seiner Identität. Vgl. Windscheid §. 193.

24) Auch dies ist ein Ersatzanspruch: Wiederherstellung des vorigen Standes (§. 1323).

25) Uebereinstimmend das röm. R., doch kann der Kläger sein Interesse durch den Schätzungseid bestimmen (Windscheid §. 193). Uebrigens ist nach röm. R. (anders nach östr., Unger II. S. 540 Note 24) die res litigiosa unveräußerlich. Die Bezahlung des Werthes macht aber den Beklagten nicht zum Eigenthümer der Sache, der Kläger kann trotzdem sein Recht gegen den factischen Inhaber verfolgen (Windscheid §. 193). — Processualisch ist freilich die auf §. 378 gestützte Klage eine von der Eigenthumsklage verschiedene, indem es nicht angeht, das Klagebegehren im Laufe des Processes zu ändern, oder auf Grund des die Rückstellung der Sache verfügenden Urtheils die Entschädigungssumme im Executionswege hereinzubringen (das Gleiche gilt auch im Falle des §. 377); nur materiell sind beide Klagen identisch.

26) Windscheid §. 193.

27) Pratobevera Materialien IV. S. 325 fg. Hätte der redliche Besitzer die Sache unentgeltlich erworben, so kann er dennoch zur Herausgabe der Bereicherung regelmäßig nicht verhalten werden; eine solche auf Kosten des Eigenthümers wird darum meist nicht existiren, weil auch die Eigenthumsklage selbst einen Bestandtheil des Vermögens des Eigenthümers bildet; anders, wenn der redliche Besitzer die Sache verzehrt hat, oder die Eigenthumsklage unzulässig ist.

28) Arndts §. 166, Keller §. 149, Windscheid §. 196 Nr. 3; vgl. auch sächs. G.-B. §. 299.

29) Winiwarter II. S. 140. Die Befriedigung des gedachten Anspruchs gilt aber nicht als Abfindung des Eigenthümers (Windscheid a. a. O. Note 8). Wenn aber Zeiller ad §. 377 und Winiwarter S. 141 meinen, der §. 377 beziehe sich auch auf den Fall, wenn der bloße Inhaber sich für den Besitzer ausgibt, so ist dies durchaus falsch; denn kann auch die Wirkung

Der Kläger hat auch in diesen beiden Fällen sein Eigenthumsrecht[30]), außerdem aber auch die beschädigende Handlung des Geklagten und den Umfang des erlittenen Schadens zu beweisen.[31])

§. 244. Die Einreden des Geklagten gegen die Eigenthumsklage.

Behauptet der Geklagte, nach dem Kläger Eigenthümer geworden zu sein, so obliegt ihm hierüber trotz §. 323 b. G.-B. die Beweislast (arg. a contr. §. 372)[1]); ein solcher Fall ist insbesondere der §. 367 erwähnte redliche Erwerb von einem Nichteigenthümer; er bezeichnet also nicht, wie nach deutschem Recht[2]), eine Einrede im technischen Sinne, sondern eine rechtsvernichtende Thatsache, eine Einwendung im weiteren Sinne.[3]) Wahre Einreden gegen die Eigenthumsklage bilden außer der bereits besprochenen des bloßen Inhabers (§. 375) folgende zwei:

1) Die Einrede, daß der Geklagte die Sache vermöge eines ihm daran zustehenden dinglichen Rechtes (z. B. des Faustpfandrechtes, des Fruchtgenusses) behalten dürfe.[4]) Sie ist, da alle jura in re von temporärer Natur sind, dilatorisch.

2) Die Einrede, daß er sie vermöge eines obligatorischen, zwischen ihm und dem Kläger bestehenden Rechtsverhältnisses behalten dürfe[5]), z. B. weil der Letztere sie ihm geliehen, vermiethet oder ein Retentionsrecht daran eingeräumt habe. Insbesondere aber gehören hieher:

a) Die Einrede, daß der Kläger selbst (oder sein Rechtsvorgänger) die Sache dem Beklagten zum Besitz übergeben habe (sog. exc. rei venditae et traditae, eine Species der exc. doli).[6]) Sie setzt voraus, daß die Uebergabe unter Umständen erfolgte, welche den Eigenthumsübergang ausschlossen[7]); eine solche Uebergabe bewirkt gleichwohl, wenn sie übrigens giltig ist, wenigstens die persönliche Verbindlichkeit, den bestehenden Besitz des Beklagten zu achten. Der gewöhnlichste Fall ist der, daß der Kläger zu einer Zeit, da er noch nicht Eigenthümer war, die

---

davon die sein, daß nun der obsiegende Eigenthumskläger einem neuen Processe ausgesetzt wird, und kann er auch den Ersatz der dadurch verursachten Kosten von dem erwähnten Inhaber beanspruchen, so handelt es sich doch hiebei sicherlich um keine Eigenthumsklage, sondern um eine Klage wegen Verletzung der dem Geklagten nach §. 348 obliegenden Verbindlichkeit.

30) Hieraus ergibt sich, daß die Klage in diesen beiden Fällen eine wahre Eigenthumsklage ist, obwohl sie sich lediglich auf Schadenersatz richtet.

31) Auch die Fälle der ficta possessio erklärt Savigny Obl.-R. II. S. 299 vom Gesichtspunkt einer Privatstrafe.

1) Häufig, aber unrichtig, exceptio posterioris dominii genannt.

2) Gerber Syst. §. 102.

3) Unger I. S. 518 Note 30. — Man scheint Anfangs beabsichtigt zu haben, daraus eine technische Exception zu machen; dadurch erklärt sich die Stellung des §. 367 in der Lehre von der Eigenthumsklage und die Berufung des §. 417 auf §. 367 als einen Fall, in welchem die verbauten Materialien noch immer fremd, aber nicht zu vergüten sind. Der entscheidende Schlußsatz des §. 367 scheint wohl erst später hinzugekommen zu sein.

4) Windscheid §. 197, Arndts §. 168.

5) Arndts und Windscheid a. a. O.

6) Keller §. 151.

7) Windscheid und Arndts a. a. O.

Sache an den Geklagten[8]) veräußert, in der Folge aber das Eigenthum derselben erlangt hat[9]); nur dieses Falles gedenkt §. 366 b. G.-B. Ebenso ist aber auch der Fall zu behandeln, wenn ein im öffentlichen Buche vorkommendes Grundstück veräußert, der Erwerber aber noch nicht als Eigenthümer eingetragen worden ist[10]), oder wenn der Erblasser eine Sache des Erben veräußert hat, dieser sie aber nun mit der Eigenthumsklage zurückverlangt.[11]) Das Gesagte folgt von selbst daraus, daß, wenn das Veräußerungsgeschäft giltig ist, der Erwerber, ohne Rücksicht darauf, ob der Veräußerer Eigenthümer war oder nicht (auch gegen den Erben des Veräußerers), auf die Uebergabe dringen kann[12]) (§. 320), umsomehr also die Sache zu behalten berechtigt sein muß; §. 366 (zweiter Satz) ist also nicht als Ausnahme zu behandeln.[13]) Diese Einrede steht nicht nur dem Universal-, sondern den Fall des §. 440 ausgenommen[14]), auch dem Singularnachfolger des Klägers entgegen (§. 1396)[15]), kann

---

8) Im §. 366 b. G.-B. heißt es: „in eigenem Namen veräußert". Dieser Passus dürfte hervorheben wollen, daß der im röm. R. ebenfalls zur exc. rei v. et trad. gezählte Fall, wenn Jemand im Auftrag eines Anderen unwissend seine eigene Sache veräußert (Arndts §. 168, Anm. 1 lit. c), im östr. R. diese Einrede nicht begründe.

9) Keller §. 151, Arndts §. 168, Anm. 1 lit. a.

10) Walter Syst. §. 127, Seuffert Arch. VI. 145, Arndts Krit. Ueberschau V. S. 93—100, Entsch. G.-H. 1862 Nr. 52, G.-Z. 1872 Nr. 6 [= Sammlung IV. Nr. 1550, IX. Nr. 4232]. Die exc. rei v. et trad. entstand (Keller §. 151) ursprünglich dadurch, daß zur Zeit, wo noch der strenge Unterschied zwischen quiritischem und bonitarischem Eigenthum bestand, bei ersterem häufig die bloße Tradition vorkam, und daher das nudum jus Quiritium beim Tradenten verblieb, welcher dann die tradirte Sache häufig vindiciren wollte. Die Analogie mit der neueren Eintragung in die öffentlichen Bücher liegt nahe.

11) Keller §. 151 Note 4, Arndts §. 168 Anm. 1 lit. d, Windscheid §. 197 Note 6. — Es gibt auch noch andere hieher gehörige Fälle; z. B. wenn die von A an B verkaufte, aber nicht tradirte Sache sich im echten Besitze des B befindet (L. 1. §. 5. D. de exc. rei v. et trad. 21. 3, Keller §. 151, Arndts §. 168 Anm. 2 lit. a); jedoch kann dieser Fall nicht als exc. rei v. et trad., sondern nur als exc. doli bezeichnet werden. Vgl. Windscheid §. 197 Note 6, der betont, daß diese Einrede nicht, wie die exc. rei v. et trad., an den Singularnachfolger übergeht.

12) Vgl. Unger II. S. 156 Note 65.

13) Vgl. Unger I. S. 83 Note 29.

14) Die Praxis gewährt auch bei Grundbuchsobjecten diese Einrede gegen den Singularnachfolger des Tradenten, wenn ersterer die vorausgegangene Veräußerung kannte; der §. 440 setze „Redlichkeit" des Erwerbes voraus. So Entsch. in Haimerl's Mag. XV. S. 50, 65; ebenso G.-Z. 1860 Nr. 129, 130, Pl.-Entsch. G.-Z. 1866 Nr. 63, letztere mit Berufung auf §§. 1295, 1323 [= Sammlung II. Nr. 556, V. Nr. 2374].

15) Ebenso nach röm. R. Keller §. 151, Windscheid §. 197. — Der Grund liegt darin, daß der Kläger wegen Mangels des eigenen Besitzes nicht tradiren, sondern nur seine Eigenthumsklage übertragen konnte; mit dieser gehen aber auch die entgegenstehenden Einreden an den Cessionar über (§. 1396). Sowie die Sache zufällig in den Besitz des Eigenthümers zurückgelangt, und er sie nun einem Anderen tradirt, so könnte sie der erste Empfänger von diesem Anderen nicht mehr vindiciren, wohl aber vom Tradenten zurückfordern. Darum steht im Falle des §. 1120 diese Einrede dem Singularnachfolger des Klägers nicht entgegen.

aber von dem Singularnachfolger des Geklagten nur gebraucht werden, wenn sie ihm ausdrücklich abgetreten worden ist.[16]) Sie wirkt peremtorisch.

b) Bei Grundstücken, die im öffentlichen Buche vorkommen, die Einrede der Ersitzung. Da solche Grundstücke nur durch bücherliche Eintragung translativ erworben werden können (§. 431), wirkt die Ersitzung nur einen persönlichen Anspruch auf wirkliche Einräumung des Eigenthums (§§. 424, 1498, 436); wird also der Ersitzende, noch bevor er die grundbücherliche Umschreibung erwirkt hat, von dem Eigenthümer auf Herausgabe belangt, so kann er ihm die vollendete Ersitzung mit Erfolg entgegensetzen. Gegen den Singularnachfolger des Eigenthümers wirkt diese Einrede nur, wenn ihm bei der Erwerbung die Ersitzung bereits bekannt war (§. 1500).

§. 245. Die Klage aus dem vermutheten Eigenthum (Public. Klage).

Wegen der Schwierigkeit des strengen Eigenthumsbeweises in den Fällen derivativen Eigenthumserwerbes und in Anbetracht, daß bei dem Mangel dieses Beweises häufig auch derjenige, der durch List oder Gewalt in den Besitz gelangt ist, gegen jenen, der wenigstens der wahrscheinliche Eigenthümer ist, im Besitze geschützt werden müßte, weil des Letzteren possessorische Klage verjährt ist, hat schon das röm. Recht zum Schutze desjenigen, der Usucapionsbesitz erworben hatte, also wahrscheinlicher Eigenthümer war, gegen den blos factischen Besitzer eine der rei vindicatio analoge Klage gewährt, die sich von der letzteren dadurch unterscheidet, daß der Kläger statt Eigenthums nur Usucapionsbesitz zu beweisen hat. Da denn dieser Besitz ebenso wie das wahre Eigenthum geschützt wird, so heißt er auch putatives (fingirtes, prätorisches) Eigenthum, und die Klage von ihrem Urheber[1]) die publicianische Klage, eine rei vindicatio utilis.[2])

Diese Klage ging auch in das östr. Recht unter dem Namen „Klage aus dem rechtlich vermutheten Eigenthum“[3]) (M. R. zu §. 372) über. Der so petitorisch zu schützende Besitz wird vom b. G.-B., weil ihm eine dem wirklichen Rechte zukommende Wirkung (die petitorische Verfolgbarkeit) verliehen ist, „Besitzrecht“ genannt (§§. 319, 321 M. R., 322, 851, 853), und, weil schon der bloße factische Besitz häufig als Recht aufgefaßt wird (§§. 308, 344), im Verhältniß zu diesem zu den sog. „stärkeren Rechten“ gerechnet (§§. 324, 346, 347), womit gesagt werden soll, daß nicht nur

---

16) So Entsch. G.-Z. 1866 Nr. 12 [= Sammlung V. Nr. 2235]. Nach röm. R. kommt die Einrede auch dem Singularnachfolger zu statten (Windscheid a. a. O.), weil man „dabei nicht allein an die unredliche Nichtachtung des persönlichen Contractverhältnisses, sondern an das dingliche Recht des bonitarischen Eigenthümers dachte“.

1) L. 1. pr. D. h. t. 6. 2.

2) Arndts §. 170.

3) Unger I. S. 519 bemängelt diese Bezeichnung; insofern mit Recht, als selbst der Beweis, daß der Kläger nicht Eigenthümer ist, die Statthaftigkeit der Klage nicht ausschließt.

der Eigenthümer, sondern auch der bloße „rechtliche" Besitzer gegen den factischen Besitzer petitorisch geschützt wird.

Diese Klage steht also auch nach östr. Recht dem Usucapionsbesitzer zu, d. i. demjenigen, der den rechtmäßigen, redlichen und echten Besitz hatte; jedoch nicht, wie die strenge Eigenthumsklage, gegen jeden, sondern nur gegen den juristisch schwächeren Besitzer. Es versteht sich übrigens von selbst, daß sich auch der wahre Eigenthümer derselben bedienen kann.[4]) Zu beweisen hat der Kläger außer der Inhabung des Geklagten nur den gehabten rechtlichen, d. i. rechtmäßigen und echten Besitz[5]), also nur die Tradition oder eine sonstige derivative Erwerbsart, nicht auch das Eigenthum des Vormannes. Die Redlichkeit wird hier, wie in anderen Fällen, vermuthet (§. 328). Demungeachtet fordert er mit seiner Klage nicht nur Zuerkennung des Besitzes, sondern auch des Eigenthums, sein Klagebegehren unterscheidet sich von dem der strengen Eigenthumsklage nicht. Die Klage ist also keine possessorische, wie sie in der M.-Vdg. v. 27. Oct. 1849 Nr. 12 fälschlich genannt wird, sondern eine petitorische[6]), und die Wirkung des richterlichen Spruches ist nicht eine provisorische, sondern eine definitive[7]) (eine exceptio rei judicatae begründende) §. 372.[8])

Da diese Klage nur gegen den sog. schwächeren Besitzer statthaft ist, so kommt dem Geklagten außer den bei der strengen Eigenthumsklage erwähnten Einreden auch noch zu statten die Einrede des Eigenthums[9]) und die des gleich starken Besitzes.[10]) Als schwächerer Besitz gilt der unredliche, sowie der unrechtmäßige (und daher auch der unechte); nach östr. Rechte fallen darunter auch gewisse Fälle des rechtmäßigen Besitzes, wenn ihnen Mängel ankleben, an denen der Besitz des Klägers nicht litt, nämlich wenn der Geklagte keinen oder nur einen verdächtigen Vormann

---

4) Keller §. 156 Nr. 6.

5) Ebenso nach röm. und heutigem gem. R. Dagegen behauptet Delbrück Die dingliche Klage des deutschen Rechts (1857), daß nach altdeutschen, noch heute geltenden Grundsätzen blos auf Grund des älteren redlichen Besitzes gegen den späteren Besitzer auf Herausgabe geklagt werden könne, ohne daß der Nachweis eines Besitztitels nothwendig sei; durch diese dingliche (petitorische) Klage sei die Publicianische Klage entbehrlich geworden. Gegen vielfältig erhobenen Widerspruch (vgl. bes. Windscheid §. 162 Note 11) sucht Delbrück in den dogm. Jahrb. X. S. 110—176 seine Behauptungen neuerdings zu stützen, namentlich (S. 168—174) durch Berufung auf das A. L.-R. I. 7. §§. 161, 175—177. Aehnlich Ziebarth Die Realexecution und die Oblig. S. 257 fg., 292 fg.

6) Unger II. S. 366 Note 2. L. 7. §. 6. D. h. t. (ad instar proprietatis . . .), L. 7. §. 8 eod. (omnia eadem erunt, quae in rei vindicatione diximus).

7) Keller §. 156, S. 294, Arndts §. 170.

8) Selbst dann, wenn der Geklagte nachträglich das Eigenthum durch Erbgang erlangt hätte?

9) Sog. exceptio dominii, hier eine wahre Einrede, nicht, wie bei der strengen Eigenthumsklage, eine Einwendung im w. S. Puchta §. 173, Arndts §. 170, Windscheid §. 199 Note 12, Keller §. 156.

10) Von den Romanisten exceptio bonae fidei possessionis genannt (Puchta §. 173), weil nach röm. R. jeder rechtmäßige Besitz von der Klage befreit (Windscheid §. 199 Nr. 4).

anzugeben vermag, oder wenn er den Besitz unentgeltlich erlangt hat[11]); gegen den Kläger, dessen Erwerb an den gleichen Mängeln laborirt, wird er auch in diesem Falle geschützt (§. 373).[12]) Die Existenz solcher Mängel auf Seite des Klägers benimmt ihm zwar die Klage nicht; nur wird er dann nur gegen den unrechtmäßigen oder unredlichen Besitzer aufkommen. Uebrigens ist zu beachten, daß die erwähnten Mängel im b. G.-B. taxativ aufgezählt sind.[13]) Den gleich starken Besitz muß der Geklagte als Exception beweisen (§§. 372, 373: „angeben"); nicht spricht dagegen die Bestimmung des §. 323.[14]) Liefert er diesen Beweis, so wird der Kläger sachfällig (§. 374); die gleiche Wirkung hat aber auch der vom Geklagten geführte Beweis, daß der klägerische Besitz ein unredlicher war[15]), mag dabei jener des Geklagten ebenfalls unredlich und beziehungsweise unrechtmäßig sein oder nicht. Dieser Beweis wird durch äußere Umstände geführt (§. 368).[16])

Die Gleichstellung des putativen Eigenthums mit dem erwiesenen geht also nicht so weit, daß, wenn eine (bewegliche) Sache von demselben Nichteigenthümer zweimal veräußert und zweimal an verschiedene Personen übergeben worden wäre, schon aus diesem Grunde allein der erste Uebernehmer (etwa nach Analogie des §. 430) vor dem späteren den Vorzug hätte (§. 322).[17])

In allen übrigen Beziehungen gelten auch hier die bei der strengen Eigenthumsklage entwickelten Grundsätze.[18])

Bei der Klage aus dem vermutheten Eigenthum setzt §. 372 als wesentlich voraus, daß der Kläger rechtmäßigen Besitz gehabt habe; er scheint demnach bei Grundstücken, bei denen das Eigenthum ohne Besitzerwerb lediglich durch Intabulation erworben wird, diese Klage aus-

11) Nach röm. R. schaden solche Mängel nicht; nur die Furtivität der Sache schließt die Klage, wie die Einrede unbedingt aus, weil sie auch die usucapio ausschließt (Keller §. 156), und wenn der Geklagte später von demselben Nichteigenthümer erworben hat, der auch des Klägers Auctor war, muß er die Sache ebenfalls herausgeben: s. unten Note 17.

12) Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 5 [= Sammlung VI. Nr. 2917]. Darum bezeichnet man auch die Publicianische Klage als den „Schutz des relativ besseren Rechts". Deurer Dogm. Jahrb. I. 5.

13) A. A. Nippel ad §. 373 Nr. 9; dagegen Winiwarter II. S. 136, 137.

14) Entsch. G.-Z. 1857 Nr. 65 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 162], 1868 Nr. 5 [= Sammlung VI. Nr. 2917].

15) Dies ist indessen nicht eine Einrede, sondern eine Einwendung im w. S. Nicht die gleiche Wirkung hat der Beweis, daß der Kläger nicht Eigenthümer sei, da zur Statthaftigkeit der Klage Rechtmäßigkeit und Redlichkeit des Besitzes genügen.

16) Vgl. Unger in Haimerl's Vierteljahrsschr. I. S. 79 fg.

17) Es hat also der frühere Erwerber nicht die Publicianische Klage gegen den späteren, außer es würde zugleich ein Fall des §. 373 eintreten. Dies will §. 322 verb.: „so gebührt das Besitzrecht derjenigen, welche sie in ihrer Macht hat" ausdrücken. Im röm. R. bildet dagegen dieser Fall eine Ausnahme von der Regel, daß jeder Usucapionsbesitz den Geklagten befreit (wegen L. 9. §. 4. D. h. t.), und Puchta §. 173 Note h erklärt dies damit, daß dem Kläger gegen die Einrede des Geklagten die repl. rei vend. et trad. zusteht, welche bekanntlich nach röm. R. auch gegen den Singularsuccessor geht. Vgl. auch Windscheid §. 199 Note 13, Unger I. S. 624 Note 11.

18) Arndts §. 170, Puchta §. 173.

zuschließen. Allein bekanntlich nennt das b. G.-B. das Eingetragensein in das öffentliche Buch ebenfalls rechtmäßigen Besitz[19]) (§§. 321, 441), und es unterliegt demnach keinem Zweifel, daß auch der sogestaltig Eingetragene unter dem im §. 372 zur Klage berechtigten Besitzer mitverstanden ist.[20]) Seine auf Herausgabe des im fremden (physischen) Besitz befindlichen Grundstückes gerichtete Klage wird aber dann hieher gehören, wenn der Beweis vorliegt, daß seine Eintragung wegen mangelnden Eigenthums des Vormannes nicht zum Eigenthumserwerb geführt hat; in diesem Falle wird er gegen jeden Inhaber sein aus dem sog. Tabularbesitz hervorgehendes sog. Besitzrecht mit Erfolg geltend machen[21]), und dieser ihm nicht einmal einwenden können, daß er seinen (physischen) Besitz ebenfalls durch „einen giltigen Titel" und auf „echte Art" erworben habe.[22]) Dies ist der Sinn der vielgedeuteten Bestimmung des §. 322, daß, wenn die Sache unbeweglich ist und öffentliche Bücher eingeführt sind, das Besitzrecht ausschließlich demjenigen zustehe, welcher als Besitzer derselben eingeschrieben ist. Nach dieser Bestimmung steht bei Grundstücken, die im öffentlichen Buche eingetragen sind, die Klage aus dem vermutheten Eigenthum dem physischen Besitzer niemals, also nicht einmal gegen einen anderen physischen Besitzer zu. Das liegt auch durchaus in der Natur der Sache; das Charakteristische dieser Klage liegt ja eben darin, daß nur von dem Beweise des Eigenthums des Vormannes Umgang genommen, im Uebrigen aber eine giltige Eigenthumserwerbsart gefordert wird, die in dem bloßen Besitzerwerb von solchen Grundstücken aber nicht enthalten ist.[23])

19) Jedoch nur, wenn der eingetragene Erwerbsact ein giltiger ist, nicht auch, wenn demselben ein wesentliches Erforderniß zur Giltigkeit (z. B. die persönliche Fähigkeit) mangelt. Dies folgt nicht nur aus §§. 316, 317, sondern auch aus §. 321 b. G.-B. verb.: „ordentliche Eintragung". So auch Winiwarter II. S. 51 fg.

20) Auch das röm. R. verlangt vorausgegangenen Besitz des Klägers nur dann, wenn Besitzerlangung zu der in Frage stehenden Eigenthumserwerbung erforderlich ist, also z. B. nicht bei der Adjudication oder dem Legat. Windscheid §. 199 Nr. 2: vgl. sächs. G.-B. §. 326.

21) Das Beweisthema ist hier auch insofern ein anderes, denn bei der sonstigen Publicianischen Klage, als der Kläger den noch gegenwärtig bestehenden Tabularbesitz, nicht einen früher dagewesenen (verlorenen) Besitz zu erweisen hat.

22) Jeder physische Besitz ist also dem sog. Tabularbesitz gegenüber ein „schwächerer". — Im sächs. G.-B. ist die Publicianische Klage nur bei beweglichen Sachen zugelassen (§§. 325—327), was sich daraus erklärt, daß nach demselben die Eintragung auf Grund eines giltigen Titels den redlichen Erwerber immer zum Eigenthümer macht, mag es auch der Vormann nicht gewesen sein (§. 278). Mit Unrecht wird daher diese Bestimmung bekämpft von Unger Der revid. sächs. Entw. S. 112, 113.

23) Der bloße Besitzer, dem die Eintragung fehlt, ist nicht ein vermuthlicher Eigenthümer, sondern, wie von vornherein feststeht, nicht Eigenthümer. Will er petitorisch klagen können, so muß er sich entweder umschreiben oder sich vom Eigenthümer die Eigenthumsklage cediren lassen. Mit Unrecht behauptet Unger Revid. sächs. Entw. S. 112, 113, G.-Z. 1868 Nr. 26 und Randa Besitz S. 50 Note 22, daß auch dem physischen Besitzer eines Grundstücks die Publiciana zukomme, und daß er sie unter Umständen selbst gegen den Intabulirten anstellen könne. Die erste dieser Be-

§. 246. Eigenthumsklage wegen Eingriffs (Negatorienklage).

Sie ist bestimmt zum Schutze des Eigenthums gegen Eingriffe, die nicht in der Entziehung des Besitzes, sondern in der Anmaßung eines das Eigenthum beschränkenden Rechtes bestehen, dessen Existenz durch diese Klage verneint wird. Daher auch ihre Benennung.[1]) Der gewöhnlichste Fall ist die Anmaßung einer Servitut, daher das b. G.-B. nur diesen Fall ausdrücklich behandelt (§. 523).[2]) Es ist aber kein Grund vorhanden, andere Fälle, in denen sich ein Anderer eines das Eigenthum beschränkenden Rechtes anmaßt, aus dem Anwendungsgebiet dieser Klage auszuschließen[3]), da sie ja doch zum Mindesten nach der Analogie der Negatorienklage behandelt werden müßten. Es ist nicht einmal wesentlich, daß sich die Anmaßung auf ein dingliches Recht beziehe, da auch persönliche Rechte (z. B. Miethrechte, nicht intabulirte Servituten) die Eigenthumsausübung beschränken[4]); nur von Forderungen auf ein positives Thun des Eigenthümers kann nicht das Gleiche gesagt werden; doch besteht gegen die Anmaßung einer Reallast nach altem, auch im östr. Recht recipirtem Herkommen eine act. neg. utilis, worüber Näheres im Obl.-R.

Klagegrund bei der Negatorienklage ist das Eigenthum des Klägers und die Anmaßung eines gegen dessen unbeschränkte Ausübung gerichteten Rechtes auf Seite des Geklagten. Sie steht also nur dem Eigenthümer, nicht auch dem Fruchtnießer oder Pfandgläubiger zu, und kann nicht nur gegen denjenigen erhoben werden, der sich bereits im Besitze des angemaßten Rechtes befindet (obwohl sie meist nur gegen einen solchen Gegner vorzukommen pflegt), sondern auch gegen jenen, der sich ein solches Recht nur zuschreibt.[5]) Im letzteren Falle ist es allerdings an-

---

hauptungen wurde eben widerlegt (vgl. auch Krainz G.-Z. 1868 Nr. 99); was aber die Klage des physischen Besitzers gegen den Intabulirten anbelangt, so kann diese ihrem Wesen nach nur eine sog. Löschungsklage sein; darüber vgl. den nächstfolgenden Paragraph. — Aus dem Gesagten folgt zugleich, daß durch die bücherliche Löschung für den Gelöschten die Möglichkeit, weiterhin publicianisch zu klagen, entfällt; eben dies will (neben Anderem) der §. 350 b. G.-B. zum Ausdruck bringen.

1) Arndts §. 169. Einzelne Romanisten wollen nur die Klage gegen Anmaßungen, welche sich gegen die negative Seite des Eigenthums richten, negatoria nennen; im entgegengesetzten Falle bezeichnen sie die Klage als confessoria. S. Arndts a. a. O. Anm. 1.

2) Die ältere Doctrin verstand unter der negatorischen Klage nur jene gegen die Anmaßung einer Servitut; noch heutzutage hat diese einschränkende Auffassung Anhänger unter den Romanisten. Vgl. Arndts a. a. O. Anm. 2.

3) Namentlich gehört hieher die sog. Excindirungsklage.

4) Dies auch die herrschende Ansicht der Romanisten. Arndts §. 169, Puchta §. 172, Keller §. 155, Windscheid §. 198. Maßt sich Jemand ein Pachtrecht an, und ist die dagegen zulässige possessorische Klage verjährt, so erübrigt in der That nichts, als die negatorische Klage. Vgl. auch Entsch. G.-Z. 1856 Nr. 68 [= Sammlung I. Nr. 196] (negatorische Klage gegen eine nicht intabulirte Servitut), G.-Z. 1873 Nr. 86 [= Sammlung XI. Nr. 5085] (die Klage wegen Anmaßung einer Servitut kann nur gegen den Eigenthümer des praedium dominans, nicht gegen dessen Pachter angestellt werden).

5) Arndts §. 169. Mit Unrecht behaupten Ellinger ad §. 523 und Wini-

gemessener, den Gegner durch das bekannte Rechtsmittel der Aufforderung zur Einklagung des behaupteten Rechtes bei sonstiger Präclusion zu nöthigen; ist der gegnerische Besitz zugleich eine Besitzstörung, so führt schon die possessorische Klage, wenn sie noch nicht verjährt ist, sicher zum Ziele.

Zu beweisen hat der Kläger in allen Fällen sein Eigenthum und den Eingriff des Geklagten, z. B. die Anmaßung der Servitut (§. 523); bestritten aber ist[6]), ob er auch die Nichtexistenz des Rechtes des letzteren beweisen muß. Die theoretisch richtige Entscheidung wäre, daß nicht er die Nichtexistenz, sondern vielmehr der Geklagte dessen Existenz zu erweisen habe[7]), weil aus dem erwiesenen Eigenthum des Klägers von selbst auch dessen Berechtigung, mit seiner Sache nach Belieben zu verfügen und jeden Anderen davon auszuschließen, folgt.[8]) Als Regel ist diese Vertheilung der Beweislast auch im östr. G.-B., und zwar in dem Gewande einer angeblich für die Freiheit des Eigenthums streitenden Vermuthung anerkannt (§. 324, vgl. auch §. 360); gleichwohl hat sich dasselbe für den Fall, als der Beklagte Besitzer des anmaßlichen Rechtes ist, für die Auffassung entschieden, daß der Negatorienkläger auch die Nichtexistenz des Rechtes des Geklagten beweisen müsse (§. 324 a. A.).[9])

---

warter II. S. 345, 346, sie gehe nur gegen Jenen, der sich im Besitze der angemaßten Servitut befindet.

6) Auch für das röm. R.

7) Dies die herrschende Ansicht der Romanisten; Arndts §. 169, Vangerow I. §. 353 Anm. 2, Puchta §. 172 Note d, Keller §. 155, Windscheid §. 198 u. A. Drei andere Ansichten werden von Arndts Anm. 4 angeführt; der von ihm als die grundloseste bezeichneten scheint sich auch Zeiller §. 523 Nr. 6 anzuschließen.

8) Diesen Grund bezeichnet auch Windscheid Note 11 als einen schlagenden.

9) [S. aber auch Grundr. I. S. 158 unten.] — Vgl. Unger II. S. 595 Note 43, Stubenrauch II. S. 224, L. Nagel G.-Z. 1861 Nr. 136, Winiwarter II. S. 345, Ellinger ad §. 523, Kirchstetter (2. Aufl.) S. 276, Entsch. G.-Z. 1851 Nr. 271 (Beilage), 1861 Nr. 75, G.-H. 1860 Nr. 46 (Entsch. I. u. II. Instanz), 1863 Nr. 20 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 303, Sammlung III. Nr. 1147, IV. Nr. 1594], Sammlung I. Nr. 14, 208, G.-Z. 1859 Nr. 59 (wo auch S. 235 Note 2, 3 ein paar weitere Entscheidungen in diesem und dem entgegengesetzten Sinne angeführt und eine ältere [= Peitler 2. Aufl. Nr. 300] mitgetheilt ist) [= Samml. II. Nr. 1044]. Dagegen Zeiller ad §. 523 Nr. 5, Swoboda in Haimerl's Vrtljschr. X. S. 1—31, Erört. pract. Rechtsfälle S. 1—55, Entsch. G.-H. 1863 Nr. 23 (= G.-Z. 1863 Nr. 60), 36 (= G.-H. 1865 Nr. 15), G.-Z. 1860 Nr. 71, 1864 Nr. 76 [fehlt in den Sammlungen], 95, 1868 Nr. 21, 1871 Nr. 39, 1872 Nr. 4, 87, 1873 Nr. 40, Spr.-Rep. Nr. 27 [= Sammlung IV. Nr. 1546, 1725, III. Nr. 1062, IV. Nr. 1997, VI. Nr. 2877, IX. Nr. 4039, 4219, X. Nr. 4666, 4674, 4745]. Diese Entscheidungen sind mehrfach damit motivirt, daß §. 324 nicht den Zweck habe, die Beweislast zu regeln, sondern nur bestimmen wolle, daß der Besitzer nicht genöthigt werden könne, als Kläger aufzutreten. und daß sich ein Schluß auf die Beweislast nur aus der Bestimmung des §. 369 über die Eigenthumsklage, deren Species auch die Negatoria sei, herholen lasse. (Man könnte hinzufügen, daß §. 324 a. A. darum nichts beweise, weil aus demselben auch für die eigentliche Eigenthumsklage der Schluß gezogen werden könnte, daß der Kläger den Nichtbestand des gegnerischen Rechtes zu beweisen habe; die sog. Vermuthung des freien Eigenthums ist dort nur beispielsweise angeführt.)

Ist dieser nicht Besitzer, dann bleibt es auch nach östr. Recht bei der erwähnten Regel.

Die Negatorienklage als eine Species der Eigenthumsklage kann auch als Publiciana angestellt werden, und wirkt dann gegen Jeden, der nicht wenigstens einen ebenso starken Besitz nachzuweisen vermag (§. 324 „stärkeres Recht", §§. 321, 322).[10])

Klagsgegenstand ist die Ablassung von der Anmaßung und Rückstellung der Früchte und Nutzungen, sowie Leistung von Schadenersatz nach den für den redlichen und unredlichen Besitz bestehenden Unterscheidungen.[11]) Auch rücksichtlich der Gegenansprüche und Einreden gilt im Wesentlichen das bei der eigentlichen Eigenthumsklage Gesagte.

Eine Art Negatorienklage ist auch die sog. Löschungsklage, d. i. der Anspruch des Eigenthümers eines Grundstücks auf Löschung eines im öffentlichen Buche ohne Grund erscheinenden, sein Eigenthum beschränkenden gegnerischen Rechtes; dieses Recht kann auch ein angemaßtes Eigenthumsrecht sein. Jede solche ohne Grund im öffentlichen Buche erscheinende Haftung, mag die Eintragung ursprünglich eine grundlose gewesen oder dies erst später geworden sein, ist ein partieller Eingriff in das klägerische Eigenthum und muß, wenn sich der Gegner widersetzt, im Klagwege beseitigt werden. Auch hier hat der Kläger nebst seinem Eigenthum die Nichtexistenz des gegnerischen Rechtes (die Grundlosigkeit der bücherlichen Haftung) zu erweisen, nicht darum, weil der Geklagte Besitzer ist, sondern weil es sich hier um rechtshindernde oder rechtsvernichtende Thatsachen handelt, deren Existenz Jenem zu beweisen obliegt, der die Giltigkeit des Geschäftes bestreitet.[12]) Das Gesagte gilt daher auch, wenn der Kläger die Löschung eines grundlos haftenden Pfandrechtes verlangt[13]), obwohl das Pfandrecht niemals Gegenstand des Besitzes ist.[14])

Die Löschungsklage kann auch als publicianische auftreten, und sie wird als solche gelten, wenn der Geklagte den Beweis liefert, daß der im öffentlichen Buche erscheinende Kläger wegen mangelnden Eigenthums seines Vormannes durch die Intabulation kein Eigenthum erlangt hat.

Die Löschungsklage kann nicht nur der Eigenthümer eines Grund-

10) So für das röm. R. Puchta Rhein. Mus. I. S. 182, Pand. §. 173 a. E., Arndts §. 170, Windscheid §. 199, Vangerow I. S. 885 und die daselbst Citirten. — Entsch. G.-Z. 1871 Nr. 84, 99 [= Sammlung IX. Nr. 4215, VIII. Nr. 3757]: Der Excindirungskläger hat nur den Besitz der gepfändeten Mobilien zu erweisen.

11) Arndts §. 169, Windscheid §. 198, Zeiller §. 523 Nr. 4.

12) Dies auch der Sinn von böhm. Landt.-Pat. §. 15: „.... Daher kann ein landtäflicher Besitzer oder Gläubiger zum Beweise seines durch die Landtafel erworbenen Rechtes nicht aufgefordert werden, sondern solcher liegt dem Gegentheile in Ansehung der dagegen erregten Einwendungen ob." — Das Gesagte gilt aber nicht auch für pränotirte Rechte.

13) Hückel Jurist XIV. S. 134 fg. [= Peitler 1. Aufl. Nr. 285], J. R. in der G.-Z. 1873 Nr. 48.

14) Vgl. aber Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 45, 1870 Nr. 98 [= Sammlung VI, Nr. 3026, VIII. Nr. 3907]: Wer auf Löschung einer Capitalsforderung wegen eingetretener Verjährung klagt, braucht die Nichtausübung derselben während der Verjährungszeit nur zu behaupten, nicht auch zu beweisen.

stückes, sondern auch derjenige anstellen, auf dessen Namen ein von dem Eigenthumsrecht verschiedenes Recht (z. B. ein Pfandrecht) im öffentlichen Buche eingetragen ist, wenn sich an diesem ein Dritter durch sog. Superintabulation weitere bücherliche Rechte (z. B. ein Afterpfandrecht) anmaßt.[15])

Ueber die Wirkung des Löschungserkenntnisses oder Vergleiches gegen Dritte[16]) vgl. G.-B.-G. §§. 61, 65, 70, 71.

§. 248. Allgemeine Grundsätze von Dienstbarkeiten.[1])

Die für Servituten im Allgemeinen geltenden Grundsätze sind:

1) Die Servitut kann niemals ein Thun des Belasteten zum Gegenstande haben, sondern immer nur ein Dulden oder das Unterlassen einer Handlung, die er sonst als Eigenthümer der dienstbaren Sache vorzunehmen berechtigt wäre (Servitus in faciendo consistere nequit), §. 482.[2]) Das Gesetz bezeichnet dies zwar nur als Regel, von der somit Ausnahmen vorbehalten zu sein scheinen, und in der That enthalten die §§. 483, 508, 515 Bestimmungen, die von einer Verbindlichkeit zu positiven Leistungen des Eigenthümers der dienenden Sache gegenüber dem Servitutsberechtigten sprechen. In Wirklichkeit aber handelt es sich da nicht um Ausnahmen von unserer Regel, sondern um Fälle, bei welchen mit dem Servitutenverhältniß auch ein obligatorisches verknüpft ist, dessen Object dann allerdings die positive Leistung bildet.[3]) Daraus folgt, daß die auf einem Grundstück haftenden immerwährenden jährlichen Renten (Kaufrenten, Ewiggeld) nicht, wie man seinerzeit irrig annahm[4]), eine Species der Personalservituten (servitutes juris germanici), sondern daß sie davon wesentlich verschiedene Reallasten sind, daher sie denn auch nicht, wie Personalservituten, mit dem Tode des Berechtigten erlöschen, sondern beliebig auch auf Andere durch Geschäfte unter Lebenden oder auf den Todesfall übertragen werden können (§. 530). Ebenso ergibt sich, daß die zur Dienstbarkeit bestimmte Sache (z. B. der Weg, welcher zur Benützung für eine Wegeservitut dient, die fremde Mauer, auf die sich der eigene Balken stützt) von dem Servitutsberechtigten in gutem Stande erhalten oder wiederhergestellt werden muß, und mit Recht ist daher die gegentheilige Bestimmung des röm. Rechts über die servitus oneris ferendi nicht recipirt. Wird aber der zur Dienstbarkeit bestimmte

---

15) Jede Klage, die auf Aberkennung eines Rechtes (jus tibi non esse) geht, insbes. die sog. Vorrechtsklage im Concurse und bei der Meistbotvertheilung (d. i. die Klage, womit die Aberkennung der Priorität einer anderen Forderung verlangt wird) gehört hieher. Ueber das Klagerecht vgl. J. R. G.-Z. 1873 Nr. 47, 48.

16) D. i. gegen jene, gegen welche das Löschungsurtheil nicht lautet.

1) Leo Nagel in Haimerl's Vrtljschr. XIV. S. 65—92 (auch in Petruska's Ztschr. VI. Nr. 15—20). Schuster Baurecht (1819).

2) Vangerow §. 338 Anm. 2.

3) Dies ist nachgewiesen von F. Hofmann in d. G.-Z. 1870 Nr. 40.

4) So auch das Hofd. v. 17. Juli 1792 lit. a Nr. 33 J.-G.-S. — Vgl. über die Frage auch Vangerow §. 338 Anm. 2

Gegenstand auch vom Eigenthümer benutzt, dann muß er zwar gleichfalls im Verhältniß seiner Benutzung zur Erhaltung beitragen und kann vom Servitutsberechtigten dazu verhalten werden; allein auch diese Verpflichtung ist eine obligatorische[5]), die aus dem Gemeinsamkeitsverhältniß hervorgeht. Sie beruht als Realschuld auf dem dienstbaren Gegenstand, und der Servitutspflichtige kann sich darum derselben auch ohne Zustimmung des Berechtigten durch Dereliction dieses Gegenstandes, oder durch dessen Ueberlassung an den Servituteninhaber befreien (§. 483).[6]) Bestreitet einer der beiden Mitbetheiligten den Aufwand allein, so hat er nur den Anspruch auf Ersatz (§. 1042), keineswegs aber den Anspruch, den Anderen von der Mitbenutzung auszuschließen (§§. 19, 471).

2) Niemandem kann seine eigene Sache dienen (Nemini res sua servit)[7]), (§. 472). Erlangt der Servitutsberechtigte das Eigenthumsrecht an der dienstbaren Sache, so muß die Servitut untergehen (§. 526), weil die den Inhalt der letzteren bildende Berechtigung schon aus dem Eigenthumsrechte folgt.

3) Servituten sind activ und passiv unübertragbar, d. h. die Servitut läßt sich weder von einer dienstbaren Sache auf eine andere, noch von einem herrschenden Grundstücke auf ein anderes, und eine Personalservitut nicht von einer Person auf eine andere übertragen (§. 485). Die passive Uebertragung wäre eine Zerstörung ihres ursprünglichen Inhaltes, also der Servitut selbst, und die active widerstrebt ihrem Wesen, als einer zum ausschließlichen Vortheile eines bestimmten Grundstückes oder Subjectes bestellten Berechtigung. Daraus folgt auch die Unzulässigkeit ihrer Verpfändung, weil diese im Enderfolge zu einer Uebertragung führt, und die Unzulässigkeit der Ueberlassung des bloßen Genusses an einen Anderen.[8]) Darauf beruht der Grundsatz: Servitus servitutis esse non potest. Wird daher vom Wasserleitungsberechtigten einem Anderen ein Mitgenuß oder die Anbringung einer Nebenleitung an der Leitung gestattet, so ist dies zwar nicht ohneweiters unzulässig, das Verhältniß ist aber lediglich ein obligatorisches.[9]) Indessen bezieht sich diese absolute Unübertragbarkeit bei Prädialservituten nur auf die separate Uebertragung, Verpfändung u. s. w.; wird das herrschende Grundstück an einen Anderen eigenthümlich übertragen, so geht die Servitut ipso jure an den

---

5) Hofmann a. a. O.

6) §. 483 sagt, er könne sich „nur" durch die Abtretung an den Berechtigten von dem Beitrage befreien. Dies bezieht sich wohl nur auf die Beitragspflicht zur Wiederherstellung, denn von der Beitragspflicht Zwecks der Erhaltung kann er sich schon durch die bloße Nichtbenutzung befreien. Im Falle der Wiederherstellung aber ist er beitragspflichtig, auch wenn er sich der Benutzung enthält, weil die wiederhergestellte Sache sein Eigenthum ist und er sich somit widrigens mit dem Schaden des Servitutinhabers bereichern würde.

7) L. 27. D. de S. P. U. 8. 2.

8) Vgl. Nagel S. 84, 85.

9) Und zwar steht der Besitzer der Nebenleitung in einem obligatorischen Verhältniß nicht nur zum Servitutsberechtigten, sondern auch zum Belasteten. So kann mit Zustimmung des Letzteren auch eine Verpachtung des Weiderechtes stattfinden. Vgl. L. 33. §. 1. D. de S. P. R. 8. 3. Vangerow §. 338 S. 789, 790.

Erwerber über (§. 442), und das Pfandrecht oder der Fruchtgenuß an dem herrschenden Grundstücke ergreift von selbst und mit innerer Nothwendigkeit auch die Servitut, so daß also der Eigenthümer eines solchen Grundstücks auf die Servitut nur mit Zustimmung des Gläubigers oder Fruchtnießers verzichten kann (§§. 457, 511, 1444). — Auch der Fruchtgenuß als eine Personalservitut theilt diese Eigenschaft der Unübertragbarkeit; da aber die zu beziehenden Früchte wahres Eigenthum des Fruchtnießers werden, so kann er sie auch im voraus an einen Anderen überlassen, was natürlich nicht eine Uebertragung des Fruchtgenußrechtes, sondern nur seiner Ausübung ist. Und so können auch die Gläubiger des Fruchtnießers zu ihrer Befriedigung auf diese Früchte greifen. Bei anderen Servituten ist der Regel nach (vgl. Note 9) nicht einmal eine Uebertragung der Ausübung zulässig.[10])

4) Die Servitut muß dem berechtigten Subject oder Grundstück einen Vortheil gewähren (§. 472), sei dies auch ein bloßer Vergnügungsvortheil.[11]) Kann die Servitut keinen Vortheil mehr gewähren, so erlischt sie; so insbesondere die Servitut des Gebrauchs, wenn der Gebrauchsberechtigte wegen Aenderung des Domicils von der Sache keinen persönlichen Gebrauch machen kann (§. 507), die Aussichtsservitut (§. 476 Nr. 11), wenn durch eine von einem Dritten zwischen dem herrschenden und dem dienenden Grundstücke gemachte Anlage die Servitut werthlos wird (vgl. §. 484 a. E.). Doch schadet es nicht, wenn eine Prädialservitut gerade einem bestimmten Grundbesitzer wegen individueller Gründe keinen Vortheil gewährt; sie darf nur für das Grundstück selbst nicht ganz werthlos sein.[12])

§. 249. Allgemeines von Grunddienstbarkeiten.

Für die Grunddienstbarkeiten gelten folgende gemeinsame Regeln:

1) Die Eigenschaft einer Grunddienstbarkeit können nur solche Belastungen annehmen, die dem herrschenden **Grundstücke** selbst vortheilhaft sind, also dessen Werth und Brauchbarkeit erhöhen, nicht aber solche, welche nur der Vergnügungssucht eines einzelnen Eigenthümers dienen, ohne das Grundstück selbst werthvoller zu machen; sie werden eben dem Grundstück bestellt (§. 473 verb.: „zu **dessen** vortheilhafteren . . . Benutzung").[1]) Die Berechtigung, sich auf dem fremden Grundstück zu ergehen, daselbst eine Mahlzeit einnehmen zu dürfen, sich zeitweise ein Stück Obst abpflücken zu dürfen[2]), wird sich also auch nach östr. Recht kaum zur Bestellung einer Grunddienstbarkeit eignen.[3]) Daraus folgt, daß die

10) **Vangerow** §. 340 S. 814, **Unger** S. 579 Note 41. L. 26. D. 8. 3.

11) §. 473: „bequemeren Benützung". L. 15 pr. D. de serv. 8. 1. **Vangerow** §. 338 S. 790.

12) L. 19 D. de serv. 8. 1. **Vangerow** S. 791.

1) **Vangerow** §. 340 S. 804.

2) L. 8 pr. D. de serv. 8. 1.

3) Damit im Zusammenhange steht im röm. R. das Erforderniß der perpetua causa, wonach man sich z. B. aus einem nur zeitweise gefüllten Wasserbecken (lacus, stagnum) keine Wasserleitungsservitut bestellen kann (**Vangerow** S. 808, 809, — vgl. §. 479 b. G.-B.), ferner das der vicinitas praediorum (**Vangerow** S. 806).

den Inhalt der Servitut bildende Befugniß auch nicht über das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks hinausgehen, die Ausübung nicht zum Vortheil dritter Personen stattfinden darf; das Holzschlagrecht kann also nur zum Hausbedarf, nicht zum Verkauf des geschlagenen Holzes bestellt werden, und der Weideberechtigte darf in Ermangelung eigenen Viehes nicht fremdes auftreiben (§. 499). Diese Grenze kann nur durch Constituirung obligatorischer Verhältnisse überschritten werden.[4])

2) Jede Prädialservitut soll mit aller mit dem Zwecke der Bestellung vereinbaren Schonung (civiliter) ausgeübt werden[5]), d. h. der Servitutsberechtigte soll bei der Ausübung nicht nur die erforderlichen Mittel ergreifen, um soweit möglich die Beschädigung fremden Eigenthums zu vermeiden, sondern er hat sich auch von Seite des Belasteten jene Einschränkungen seiner Ausübung gefallen zu lassen, welche, ohne dem Bestand der Servitut abträglich zu sein, zum Besten des dienstbaren Grundstücks getroffen werden (§. 484). Darum muß der Wasserleitungsberechtigte die Leitungscanäle ordentlich decken und reinigen (§. 491), und darum darf der Weideberechtigte kein ungesundes Vieh auftreiben (§. 499), und muß das aufgetriebene durch einen Hirten hüten lassen (§. 502). Auch läßt sich folgern, daß der Belastete berechtigt ist, den über sein Grundstück führenden Weg auch ohne Zustimmung des Servitutsberechtigten auf eine andere Stelle zu verlegen, wenn der neue Weg dem Zwecke der Servitut vollkommen entspricht[6]), und die Dienstbarkeit des Durchfahrtrechtes verwehrt es dem Belasteten nicht, zum Schutze seines Eigenthums ein Thor anzubringen[7]), oder das vorhandene des Nachts zu sperren[8]), wenn nur dem Berechtigten (z. B. durch Ueberreichung eines zweiten Schlüssels) die Mittel gewährt werden, das Thor jedesmal zu öffnen. Der Grund dieses Rechtssatzes liegt darin, daß zwischen der Servitut des Berechtigten und dem Eigenthum des Belasteten ein Collisionsverhältniß besteht, vermöge dessen die Ausübung des Eigenthums soweit, aber auch nur soweit cessiren muß, als es der Zweck der Servitut gebieterisch fordert.

3) Da jeder aus dem Eigenthumsrecht des dienstbaren Grundstücks hervorgehende Vortheil, soweit er nicht durch die Servitut absorbirt wird, dem Eigenthümer bleibt, so kann er denselben auch Anderen zuwenden, und daher auf das Grundstück auch neue Servituten (gleichartige wie ungleichartige) legen, insoweit dadurch nicht die ältere verkümmert wird; in Collisionsfällen hat demnach die ältere vor der jüngeren den Vorzug (§. 486).

4) Prädialservituten[9]) sind untheilbar, d. h. sie können weder quotenweise erworben, noch verloren, noch verfolgt werden, und sie bestehen

---

4) Vangerow S. 805.

5) Vangerow S. 814.

6) Entsch. G.-H. 1863 Nr. 18 [= Sammlung IV. Nr. 1634].

7) Ausländischer Rechtsfall in G.-Z. 1859 Nr. 108 S. 43.

8) Entsch. G.-H. 1869 Nr. 97 [= Sammlung VII. Nr. 3536].

9) §. 485 verb.: „auf dem Grundstücke haftende Recht", §. 844 zweiter Satz: „Grunddienstbarkeiten". Zu beachten auch die Einreihung dieses Paragraphen in der Lehre von der Theilung der Grundstücke.

nach reeller Theilung des herrschenden oder dienenden Grundstücks für alle Theile fort. Steht das dienende Grundstück im Miteigenthum Mehrerer, so kann ein Miteigenthümer an demselben keine Prädialservitut bestellen; ebenso kann ein Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks sich für dasselbe keine Servitut bestellen lassen.[10]) Auch kann keine bestellt werden, so lange der Alleineigenthümer des dienstbaren Grundstücks Miteigenthümer des herrschenden, oder der Alleineigenthümer des herrschenden Grundstücks Miteigenthümer des dienstbaren ist[11]); eine auf solche Bestellung gerichtete Verabredung mit dem anderen Miteigenthümer würde nur ein obligatorisches Verhältniß begründen, was sich sofort auch practisch fühlbar macht, wenn der Miteigenthümer des einen Grundstückes, welcher zugleich Alleineigenthümer des anderen ist, aus dem Miteigenthumsverhältniß scheidet, denn hier überträgt er an seinen Nachfolger im ersten Falle kein Recht, da er selbst ein Servitutsrecht nicht erworben hatte, und im zweiten Falle keine Last, da er sich keine aufgelegt hatte. Bestellen ferner zwei Miteigenthümer an dem gemeinsamen Grundstücke eine Prädialservitut, und hat nur die Bestellungsurkunde des Einen die Erfordernisse einer Tabularurkunde, nicht auch die des Anderen, so kann auch die erstere nicht intabulirt, sondern es können höchstens beide pränotirt werden.[12])

Gehört das herrschende Grundstück Mehreren, so kann einer der Miteigenthümer weder auf die ganze Servitut, noch auf einen Theil derselben verzichten; und erwirbt der Alleineigenthümer des dienenden Grundstücks an dem herrschenden das Miteigenthumsrecht, oder umgekehrt der Alleineigenthümer des herrschenden an dem dienenden, so geht trotz des Grundsatzes nemini res sua servit auch nicht einmal ein quoter Theil der Servitut durch confusio unter.

Jeder der mehreren Miteigenthümer des herrschenden Grundes kann das Servitutsrecht, wenn es bestritten wird, in solidum mit der confessorischen Klage geltend machen, und es erlangen daraus auch die anderen Miteigenthümer die exceptio rei judicatae gegen eine etwa später gegen sie angestellte Negatorienklage; denn eine Quote der Servitut kann nicht zugesprochen, also auch nicht geltend gemacht werden, und doch kann man einem Miteigenthümer, dem die anderen Miteigenthümer die Theilnahme an der Klage verweigern, nicht den Rechtsschutz versagen.[13])

---

10) Vangerow S. 810.

11) Vangerow S. 811.

12) Anders nach Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 48 (auch in G.-H. 1869 Nr. 51 unter abweichendem Datum und Zahl) [= Samml. VI. Nr. 2988], wo gegen den ersten die Intabulation, gegen den letzten die Pränotation zugelassen wurde; doch hätte, wenn die Pränotation nicht gerechtfertigt worden wäre, mit der Löschung derselben auch die der Intabulation verfügt werden müssen. Entsch. G.-H. 1870 Nr. 23 (auch in G.-Z. 1870 Nr. 46) [= Sammlung VIII. Nr. 3682] läßt, nachdem gegen einen von zwei Miteigenthümern eines Grundstücks ein Urtheil auf Anerkennung einer Prädialservitut erwirkt war, die Pränotation dieses noch nicht rechtskräftigen Urtheils auf der dem Verurtheilten gehörigen Eigenthumshälfte zu.

13) Vangerow S. 811, 813, Arndts §. 191.

Ebenso kommt die von einem Miteigenthümer des dienenden Grundstücks siegreich angestellte Negatorienklage auch den übrigen zu statten.[14])

Wird das herrschende Grundstück getheilt, so kommt die Servitut allen Theilgenossen solidarisch zu (§. 844).[15]) Unter einander können sie sich über die Art der Ausübung verständigen[16]), bei einem Weiderecht z. B. die Zahl der Viehstücke unter einander auftheilen; darin liegt jedoch keine Theilung der Servitut, sondern ein rein obligatorisches Uebereinkommen; daher können auch, wenn Einer von der Servitut keinen Gebrauch macht, die Uebrigen diesen Gebrauch an sich ziehen. Trotz der Mehrheit der herrschenden Grundstücke bleibt die Servitut Eine, und darf auch durch die Concurrenz der mehreren Berechtigten nicht lästiger werden.

Wird das dienende Grundstück getheilt, so bleibt die Servitut ungeändert; sie kann nach wie vor der Theilung auf dem dazu bestimmten Flächenraume, daher, wenn auch dieser getheilt wurde, auf jedem Stücke desselben ausgeübt werden (§. 847). Durch die Theilung des dienenden Grundstückes wird also nicht auch die darauf haftende Servitut getheilt, sondern sie bleibt Eine trotz der Mehrheit der Objecte; ebensowenig wird durch die Vergrößerung oder Verkleinerung des dienenden Grundstücks an der Servitut etwas geändert (§. 485); nur kann im letzteren Falle nothgedrungen die Ausübung eine beschränktere werden.

Mit der (bei Prädialservituten undenkbaren) Theilung darf nicht verwechselt werden die Beschränkung in der Ausübung, die allerdings auch bei Servituten im Laufe der Zeit zur Nothwendigkeit werden kann, und die man zuweilen für eine partielle Erlöschung gehalten hat. Sie kann sich beziehen entweder auf den Raum, auf welchem die Servitut ausgeübt wird, oder auf einzelne in der Servitut enthaltene Befugnisse. So kann der Berechtigte auf das Weiderecht an einer einzelnen Parcelle des Weidegrundes, der Fahrtberechtigte auf das Recht zu fahren mit Vorbehalt des Rechtes zu reiten oder zu gehen verzichten; ebenso kann durch Widersetzlichkeit des Belasteten gegen eine bestimmte Ausübungsart, wenn der Berechtigte es dabei bewenden läßt, das Recht zu dieser bestimmten Ausübung verjähren (§. 1482), und durch Vereinigung eines Stückes des dienstbaren Grundes mit dem herrschenden kann die Servitut eine räumlich beschränktere werden. Alles das sind jedoch nicht Fälle theilweiser Erlöschung; unter Theilen eines Rechtes sind immer quote Theile zu verstehen.

Nicht die gleiche Untheilbarkeit, wie den Prädialservituten, kommt durchweg den Personalservituten zu. Namentlich der Fruchtgenuß ist ein theilbares Recht. So wenig der Miteigenthümer eines Grundstücks an seiner Eigenthumsquote ein Weiderecht bestellen kann, so gewiß kann er daran einen Fruchtgenuß einräumen. Und steht mehreren Personen an einem Grundstück ein gemeinsames Fruchtgenußrecht zu, so erlischt mit

14) Vangerow §. 342, S. 830.

15) Vgl. Entsch. G.-Z. 1874 Nr. 92 [= Sammlung XII. Nr. 5504].

16) Mittermaier Deutsches Pr.-R. 5. Aufl. §. 169 a. E.

dem Tode eines Gemeinschafters auch eine Quote des Fruchtgenusses. Das Nämliche gilt nach östr. Recht auch von dem Gebrauchsrechte, wenn es im Fruchtbezuge besteht, während das auf das bloße Benutzen beschränkte Gebrauchsrecht untheilbar ist.

Die Prädialservituten werden wie im röm. Recht in Haus- und Feldservituten (serv. praed. urbanorum und rusticorum) eingetheilt[17]), je nachdem das herrschende Grundstück ein Gebäude oder ein zur Landwirthschaft bestimmtes Grundstück ist (§. 474). Dieser Eintheilung ist jedoch eine juristische Bedeutung nicht beizulegen; sie erleichtert nur die Uebersicht.

§. 252. Begriff und Inhalt der Fruchtnießung.[1])

Die Fruchtnießung (der Nießbrauch, usufructus) ist das dingliche Recht an einer fremden Sache, vermöge dessen sie der Berechtigte mit Schonung der Substanz nach Belieben genießen kann (§. 509). Gegenstand dieser Servitut können also nur Sachen sein, deren ordentliche Benutzung nicht im Verzehren derselben besteht, also nur die unverbrauchbaren Sachen; doch kann an verbrauchbaren Sachen ein dem Nießbrauch ähnliches Rechtsverhältniß — der uneigentliche Nießbrauch — constituirt werden (§. 510). Bewegliche Sachen eignen sich zum Fruchtgenuß ebenso, wie unbewegliche, ja selbst Rechte können dessen Object bilden, wenn sie einen dauernden Nutzen abwerfen, wie namentlich Capitalien.[2]) Mit der Sache ist im Zweifel auch deren Pertinenz[3]) und jedes ihr anklebende Nebenrecht zum Fruchtgenuß bestellt (§. 518), um so mehr die Accession, da sie nur ein Theil der Sache ist (§§. 514, 1227).[4])

Dem Fruchtnießer gebührt an der Fruchtgenußsache deren Gebrauch und Alles, was unter den Begriff der Frucht fällt, also Natural- wie Civilfrüchte, ordentliche wie außerordentliche (§. 511). Ihm gehören also nicht nur die Früchte des Bodens, sondern auch die Erzeugnisse der Thiere, wie Milch, Wolle und die Jungen[5]), wobei er jedoch darauf zu achten hat, daß die ausgestorbenen Thiere durch andere ersetzt werden (§. 513). Die Naturalfrüchte werden sein Eigenthum mit der Separation[6]), die aber wesentlich während der Dauer des Fruchtgenusses statt-

---

17) Vangerow §. 339 II., Arndts §. 184 Anm. 3.

1) Vgl. Theser Die Fruchtnießung nach röm. R. in Vergleichung mit dem a. b. G.-B. 1839.

2) Anders Keller §. 175 und Puchta §. 182 Note g, die hier das Vorliegen eines Fruchtgenusses bestreiten und nur ein legatum redituum oder Cession der Zinsen darin erblicken.

3) Ebenso L. 9. §. 7. L. 15. §. 6. D. de usufr. 7. 1.

4) Auch nach röm. R. unterliegt die Accession (mit Ausnahme der insula in flum. nata) dem Fruchtgenuß. Arndts §. 179, Holzschuher II. 1 S. 303, Fr. 16. Nach östr. R. ist besonders zu beachten, daß, wenn der Eigenthümer nach §. 514 einen Bau führt, der Genuß davon dem Fruchtnießer zufällt.

5) Keller S. 334.

6) Nach röm. R. durch Perception, mit Ausnahme der Thierjungen, bei denen die Separation entscheidet. Arndts §. 179.

gefunden haben muß[7]), da nach Ablauf dieser Zeit die noch stehenden Früchte dem Eigenthümer gehören (§. 519). Doch muß der Fruchtnießer, wenn die Kosten für die Erzielung von Früchten, die er bezieht, von dem Eigenthümer oder einem Dritten bestritten worden sind, dieselben dem Aufwendenden ersetzen, wogegen aber auch er oder sein Erbe den gleichen Anspruch gegenüber dem Eigenthümer hat, dem die zur Zeit der geendigten Fruchtnießung noch stehenden Früchte zufallen. Der Ersatz geschieht nach jenen Grundsätzen, die für das Verhältniß zwischen dem Eigenthumskläger und dem redlichen Besitzer maßgebend sind (§. 519). Da der Fructuar hinsichtlich der Art der Benutzung unbeschränkt ist (§. 509), so kann er die Grundstücke nach Belieben verpachten und die Gebäude vermiethen[8]), haftet aber dann für alle vom Bestandnehmer zugefügten Beschädigungen (§. 509 vgl. mit §. 1111). Jede solche Bestandgabe, mag sie auf bestimmte Zeit abgeschlossen worden sein oder nicht, erlischt jedoch immer mit dem Fruchtgenuß selbst (§. 442)[9]), und kommen daher dem Bestandnehmer die Aufkündigungsfristen des §. 1116 nicht zu Guten.

Bezüglich der Civilfrüchte ist zwischen den periodisch verfallenden und den übrigen zu unterscheiden. Die ersteren[10]) gebühren eigentlich für jeden Tag und werden nur der Bequemlichkeit wegen an bestimmten Tagen entrichtet; sie gebühren daher dem Fruchtnießer nach Maßgabe der Zeitdauer der Fruchtnießung (pro rata temporis, §. 519 a. E.); bei den nicht periodischen entscheidet lediglich der Fälligkeitstermin.

Die seinerzeit gemeinrechtlich bestrittene Frage, ob, wenn ein Bergwerksantheil zum Nießbrauch bestellt wird, dem Fruchtnießer die Ausbeute selbst[11]) oder nur die Zinsen von der Ausbeute[12]) zufallen, wird vom b. G.-B. mit Recht dahin beantwortet, daß ihm die Ausbeute selbst gebührt, da sie begrifflich eine Frucht ist. Wie aber dem Fruchtnießer immer nur der reine, d. i. der nach Abzug der Auslagen erübrigende Ertrag gebührt (§. 512), so auch hier nur die reine, über die gehabten Kosten erübrigende Ausbeute; und da aus der Ausbeute zunächst die Zubuße demjenigen zu erstatten ist, der sie geleistet hat, so ist, wenn sie der Eigenthümer geleistet hat, auch vor allem er für diesen seinen Anspruch aus der Ausbeute zu befriedigen (arg. §. 511: „Beobachtung der bestehenden Bergwerksordnung").

---

7) Ebenso nach röm. R. Arndts §. 179, Keller S. 334.

8) Arndts §. 179 Nr. 3, Keller S. 335, Pachmann Ztschr. f. R.- u. Staatsw. 1837 I. S. 63 fg.

9) Abweichend Entsch. G.-Z. 1861 Nr. 48 [= Sammlung III. Nr. 1258], weil §. 519 auch von der Vertheilung der Civilfrüchte spreche. Dagegen aber Arndts G.-Z. 1861 Nr. 76, 77.

10) Dahin gehören auch die Zinsen aus einer vom Eigenthümer vorgenommenen Bestandgabe, deren Zuhaltung dem Fruchtnießer aufgelegt wurde. Arndts in d. G.-Z. 1861 Nr. 76, 77.

11) So Mittermaier Grundsätze §. 253 und die dort Note 17 Citirten. Arg. L. 7. §§. 13. 14. L. 9 §. 2. D. sol. matr. 24. 3. Vgl. Wenzel Jurist XIII. S. 40 fg.

12) So A. L.-R. I. 21 §. 37, Sächs. Const. 25 P. II., Hacke Comm. über das Bergrecht 1823 S. 275.

Zu den Früchten gehören auch die Bäume[13]), wenn sie zum Fällen bestimmt sind. Darum gebührt dem Fruchtnießer eines Waldes auch das nach forstwirthschaftlichen Grundsätzen, d. i. ohne Deterioration der Waldung geschlagene Holz (§. 511)[14]), und daher hat er auch das Recht, dasselbe zu verkaufen. Ob ihm Windbrüche gehören, ist eine ausnehmend bestrittene Frage; das Richtige ist, daß er davon soviel für sich verwenden kann, als der durchschnittliche Holzertrag ausmacht, der ihm sonst zukommt; das Uebrige hat er dem Eigenthümer zu überlassen.[15])

Auch das Recht, einen Steinbruch anzulegen oder Sand und sonstige nutzbare Fossilien aus dem Boden zu graben, muß dem Fruchtnießer zuerkannt werden, da auch solche Erträgnisse begrifflich unter die Früchte fallen, und in Beziehung auf sie auch die Constituirung besonderer Prädialservituten vorkommt (§. 477 Nr. 6). Dagegen gehört der Schatz nicht zu den Früchten; ein im Fruchtgenußgrundstück gefundener Schatz fällt also mit der betreffenden Quote dem Grundeigenthümer zu (§. 511 a. E.).

Die Substanz der Fruchtgenußsache soll unversehrt erhalten werden, und der Fruchtnießer ist daher dem Eigenthümer für jede durch sein Verschulden herbeigeführte Verschlimmerung verantwortlich. Verbesserungen sind ihm, da er die Sache in wesentlich gleichem Zustand zurückstellen soll, nur so wie jedem anderen Nichteigenthümer gestattet, daher insbesondere mit Berücksichtigung der Thatsache, daß Ansicht, Geschmack und Bedürfniß der Menschen betreffend das Gut und Besser sehr verschieden sind, und daß es dabei nicht immer nur auf den erhöhten Capitals- oder Ertragswerth ankommt.[16]) Nimmt also der Fruchtnießer an der Fruchtgenußsache Verbesserungen vor, so wird er wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag behandelt, d. h. er hat, wo es thunlich ist, das Recht der Wegnahme, wo nicht, kann er Ersatz fordern, insoweit der Nutzen nicht nur ein überwiegender, sondern auch ein klarer, d. h. auch den subjectiven Verhältnissen des Eigenthümers entsprechender ist; wo auch dies nicht zutrifft, kann er zur Wiederherstellung des vorigen Zustandes und zur Ersatzleistung verhalten werden (§§. 517, 1037—1040).[17]) Dagegen ist er aber auch, da er während der Fruchtgenußperiode das ausschließliche Benutzungsrecht hat, nicht verpflichtet, Verbesserungsbauten durch den Eigenthümer zu dulden; gegen vollständige Entschädigung muß er jedoch auch solche gestatten, wie er sich auch nothwendige Bauführungen immer gefallen lassen muß (§. 516).[18])

Handelt es sich um Bauführungen, die durch das Alter des Gebäudes oder durch Zufall (z. B. Feuersbrunst) nothwendig geworden sind, so obliegen solche weder dem Fruchtnießer, noch dem Eigenthümer;

---

13) Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 93 [= Sammlung VII. Nr. 3527]: Der Fruchtnießer kann auch nach §. 422 b. G.-B. den Ueberhang abschneiden.

14) Vgl. Unger I. S. 467, Vangerow §. 344 Anm. 1.

15) L. 12. pr. D. de usufr. 7. 1. Vgl. oben Band I. S. 327 Note 3.

16) Keller §. 173 S. 335.

17) Vgl. L. 13. §§. 4. 5. D. 7. 1 und Vangerow §. 344 Anm. 2.

18) Vgl. Keller S. 336.

dem ersteren nicht, weil er für den Zufall nicht haftet und nur zu Reparaturen geringerer Art verpflichtet ist (§. 515), dem letzteren nicht, weil eine Servitut den Belasteten nicht zu positiven Leistungen verpflichtet. Beide sind aber zu der nothwendigen Bauführung allerdings berechtigt, jedoch der Eigenthümer vor dem Fruchtnießer, daher ihm dieser die Nothwendigkeit des Baues anzeigen muß. Führt der Eigenthümer auf diese Anzeige hin den Bau, so hat er gegen den Fruchtnießer einen Anspruch auf Vergütung nach Maßgabe des verbesserten Genusses wegen der in Mitte liegenden versio in rem (§. 1041); diese Vergütung ist ihm, so lange die Verbesserung dauert, in Form einer Rente zu leisten, welche auf den Betrag der gesetzlichen, d. i. 6% (jetzt 5%) Zinsen des verwendeten Capitals fixirt ist, jedoch den Betrag der wirklichen Verbesserung nicht übersteigen soll, §. 514). Läßt sich jedoch der Eigenthümer zur Bauführung nicht herbei, oder hat er nicht die dazu erforderlichen Mittel, so hat der Fruchtnießer die Berechtigung, den Bau selbst zu führen und nach geendigter Fruchtnießung den Ersatz nach jener Maßgabe zu fordern, wie ein redlicher Besitzer gegenüber dem Eigenthumskläger (d. i. nach dem noch vorhandenen Werthe, insofern dieser den gemachten Aufwand nicht übersteigt (§. 331); er hat aber auch die Wahl, für die wegen unterbliebenen Baues geschmälerte Fruchtnießung vom Eigenthümer eine angemessene Vergütung zu fordern (§. 515).[19]) Diese merkwürdige Abweichung von der Regel, daß die Servitut keinen Anspruch auf eine positive Leistung gewährt, scheint aus der Erwägung hervorgegangen zu sein, daß der Fruchtgenuß in der Regel einer letztwilligen Anordnung seinen Ursprung verdankt, und es dem Willen des Erblassers entspricht, daß der Fruchtnießer in solchen außerordentlichen Fällen entschädigt werde. Der Anspruch ist aber an sich nur ein obligatorischer, obwohl er gegen jeden Eigenthümer der dienstbaren Sache geht. Doch hat der Eigenthümer nicht den ganzen Werth des dem Fruchtnießer durch das Unterbleiben des Baues entgehenden Genusses, sondern nur jenen Theil desselben zu vergüten, der ihm abgesehen von den Zinsen des zu vergütenden Baucapitals noch immer entgangen wäre. Käme also der Schade, den der Fruchtnießer durch das Nichtbauen erleidet, den jährlichen Zinsen gleich, die er im Falle des Bauens dem Eigenthümer ersetzen müßte, so hätte er durch das Unterbleiben der Bauführung thatsächlich keine Schmälerung seines Genusses erfahren, und er hätte daher auch nichts anzusprechen.

Alle den Fruchtnießer nicht beeinträchtigenden Befugnisse kommen dem Eigenthümer zu statten; er kann daher die Fruchtgenußsache veräußern, verpfänden, mit solchen Servituten belasten, die dem Fruchtgenuß nicht abträglich sind (z. B. mit der serv. altius non tollendi). Der

19) Entsch. G.-Z. 1856 Nr. 141 [= Peitler 1. Aufl. Nr. 199] bewilligt zu Gunsten des Fruchtnießers einer Steinmetzwerkstätte auf dem Hause der Eigenthümerin die Pränotation des behördlichen Auftrages, die erforderlichen Herstellungen vorzunehmen — zur Sicherstellung möglicher Ersatzansprüche für den Fall, als die Herstellungen nicht vorgenommen würden.

jüngere Pfandgläubiger kann aber sein Pfandrecht nur unbeschadet des Fruchtgenusses ausüben, während der ältere an diese Schranke nicht gebunden ist.

§. 254. Der uneigentliche Fruchtgenuß.

An verzehrbaren und vertretbaren Sachen ist ein eigentlicher Fruchtgenuß nicht möglich. Der ihm zu Grunde liegende ökonomische Gedanke (Nutzung bei unverändertem Capitalswerth) ist aber auch bei ihnen durchführbar, und wenn ein ganzes Vermögen, in welchem sich auch verzehrbare Sachen befinden, zum Fruchtgenuß gegeben wird, ein juridisches Postulat. Werden nun Jemandem verzehrbare Sachen zum Genusse mit der Verpflichtung zugewendet, nach Ablauf der bestimmten Zeit den Werth zu restituiren, so entsteht ein dem Fruchtgenuß ähnliches und, soweit möglich, nach dessen Grundsätzen sich richtendes Verhältniß, welches uneigentlicher Fruchtgenuß (quasiususfructus) genannt wird.[1]) Ebenso entsteht auch ein uneigentlicher Fruchtgenuß, wenn eine Forderung oder ein sonstiges Vermögensrecht zum Fruchtgenuß bestellt wird, weil das dadurch erworbene Recht kein dingliches mehr ist.

Wird an einer verzehrbaren Sache der Fruchtgenuß bestellt, so erhält der Fruchtnießer das Eigenthum derselben und kann also mit ihr (insbesondere auch mit dem Gelde, wenn solches zum Fruchtgenuß gegeben wurde) beliebig verfügen[2]), ist jedoch verpflichtet, nach erloschenem Fruchtgenuß den Werth zu restituiren, so daß also nicht die Sache, sondern vielmehr der Werth als Gegenstand des Fruchtgenusses auftritt (§. 510, vgl. §§. 1227, 1228).[3]) Das Verhältniß hat Aehnlichkeit mit dem Darlehensverhältniß; es ist, wie dieses, ein rein obligatorisches, der Empfänger wird, hier wie dort, Eigenthümer des Empfangenen und hat nicht die Sache in Natur, sondern einen gleichwerthigen Gegenstand zu restituiren. Der Unterschied liegt aber darin, daß hier die Absicht auf Bestellung eines Fruchtgenusses gerichtet ist, und daß daher darauf, soweit möglich, die Grundsätze vom Fruchtgenuß anzuwenden sind, insbesondere jene von den Lasten, die auf dem Vermögen haften, von der Cautionsleistung[4]) und von der Erlöschung des Verhältnisses durch den Tod; auch ist, wo nicht das Gegentheil verabredet oder letztwillig angeordnet ist, der Werth des verzehrbaren Gegenstandes, nicht aber, wie beim Darlehen, das gleiche Quale und Quantum zu restituiren.[5]) Der zu restituirende Werth ist der Werth zur Zeit der Bestellung, nicht der zur Zeit

1) Keller §. 175.

2) §. 2. J. de usufr. 2. 4. „ut ejus fiat . . .“

3) §. 2. J. cit.: „. . . aestimatis his satis datur, ut . . . tanta pecunia restituatur, quanti hae fuerint aestimatae.“

4) Anders Entsch. G.-Z. 1865 Nr. 98 [= Sammlung V. Nr. 2213], welche die Pränotation des Rückforderungsrechtes auch außer dem Falle des §. 520 zuließ, weil es sich nicht um Sicherstellung des Eigenthums, sondern einer gewöhnlichen Forderung handle.

5) Vgl. Note 3 und Arndts §. 181, Keller §. 175, Puchta §. 182; b. G.-B. §. 1413.

der Erlöschung des Fruchtgenusses bestehende[6]), wie ja auch nur der erstere Gegenstand des Genusses war.

Auch Kleidungsstücke[7]) müssen regelmäßig als Gegenstand des uneigentlichen Fruchtgenusses angesehen werden, obwohl sie nicht zu den sofort verbrauchbaren Sachen gehören, weil die Absicht des Bestellers des Fruchtgenusses meist auf Gestattung des Verbrauchs und Restitution des Geldwerthes gerichtet ist. Nicht das Nämliche gilt von Inventarialstücken, obgleich auch solche dem Wechsel zu unterliegen pflegen; sie gehen nicht in das Eigenthum des Fruchtnießers über, obwohl ihm die Pflicht zur Ergänzung der abgängigen Stücke obliegt (§. 513), und er hat sie in Natur, nicht im Schätzungswerthe zurückzustellen.

Dem Falle der Bestellung des Fruchtgenusses an verzehrbaren Sachen steht jener des Fruchtgenusses an blos vertretbaren gleich.[8])

Gegenstand des uneigentlichen Fruchtgenusses sind ferner Forderungen; der Fruchtnießer hat das Recht, sie einzuziehen, und hat den Werth zu restituiren. Besteht aber die Forderung in einem fruchtbringend angelegten Capital[9]), dann hat der Fruchtnießer kein Recht, dasselbe einzuziehen, sondern nur das Bezugsrecht der Zinsen (§. 510 a. E.). Rücksichtlich dieser gelten alle Grundsätze von den dem Fruchtnießer zugewiesenen Civilfrüchten.

Aus §. 259. **Verjährung als Erlöschungsgrund von Servituten.**

Wird die Ausübung einer Servitut lange Zeit gänzlich unterlassen, so sprechen alle Gründe, die die Einführung des wohlthätigen Instituts der Verjährung veranlaßten, dafür, daß auch die Servitut wegen langjährigen Nichtgebrauchs als erloschen angesehen werde. Schon das röm. Recht kennt eine Erlöschung der Servituten durch langjährigen non usus; das Institut ging auch in das östr. Recht unter dem allgemeinen Namen der Verjährung über (sog. Gebrauchsverjährung, §§. 524, 1478, 351; vgl. Ausf. I. S. 419).

Die Servitut erlischt nach östr. Recht entweder lediglich in Folge unterlassenen Gebrauchs, oder es kommt zu diesem Erlöschungsgrund als zweiter noch der Umstand hinzu, daß sich der Belastete der Ausübung der Servitut, je nachdem sie eine affirmative oder negative ist, durch deren Verhinderung oder durch Unternehmung der zu unterlassenden Handlung widersetzt hat. Dadurch versetzt er sich gegenüber dem Servitutsberechtigten, der es bei der Widersetzlichkeit bewenden läßt, in den Besitz eines „verneinenden", bezw. eines „Verbotsrechtes" (§. 313) und damit gewissermaßen in die Möglichkeit der Ersitzung der Freiheit seines Eigen-

6) S. Note 3.

7) §. 2. J. cit. Arndts §. 181, Keller §. 175.

8) Z. B. Fruchtgenuß an einem Handlungsetablissement sammt Waarenlager, an einer Fabrik u. dgl.

9) L. 3. D. de usufr. ear. rer. 7. 5., L. 24. pr. D. de usu et usufr. 33. 2. Gemeinrechtlich die Construction des Falles und die davon geltenden Rechtssätze nicht außer Streit. Vgl. Arndts §. 181, Keller §. 175, Puchta §. 182 (oben §. 252 Note 2).

thums, daher dieser Fall herkömmlich mit dem Namen usucapio libertatis[30]) bezeichnet wird (§. 1459 verb.: „Verjährung[31]) oder Ersitzung bewirket“). Diese beiden Fälle werden nach östr. Recht verschieden behandelt.[32])

1) Die Erlöschung durch bloßen Nichtgebrauch setzt 30jährige (§. 1479), bei Servituten juristischer Personen 40jährige Nichtausübung voraus (§. 1485); konnte eine Servitut während dieser Zeit nicht wenigstens dreimal ausgeübt werden, so verlängert sich die Verjährungszeit bis dahin, bis von drei Gelegenheiten zur Ausübung des Rechtes kein Gebrauch gemacht wurde (§. 1484). Freiwillige Abwesenheit ändert an dieser Verjährungszeit nichts (§. 1475)[33]), auch macht es keinen Unterschied, ob die Servitut intabulirt ist oder nicht (§. 1479). Die Ausübung muß aber während dieser Zeit gänzlich unterlassen worden sein; eine nur theilweise Nichtausübung des Inhalts der Servitut[34]) ist unschädlich[35]). ausgenommen sie wäre eine Folge gegnerischer Widersetzlichkeit, in welchem Falle die Regeln der usucapio libertatis zur Anwendung kommen (§. 1482).

2) Die Erlöschung durch sog. Ersitzung der Freiheit des Eigenthums setzt voraus, daß sich der durch die Servitut Belastete der Ausübung der (affirmativen oder negativen)[36]) Servitut thätlich oder wörtlich[37]) widersetzt, und der Berechtigte hierüber die Ausübung drei Jahre lang[38]), ohne die richterliche Hülfe in Anspruch zu nehmen, unter-

---

30) Keller §. 182 (S. 355 fg.). Vgl. bes. §. 1482 b. G.-B.: „.. Ersitzung des . . . Hinderungsrechtes.“ Mit Unrecht widerspricht Unger II. S. 273 Note 70, daß im §. 1488 die usucapio libertatis anerkannt sei, wie er denn auch thatsächlich seinen Widerspruch S. 436 Note 3 zurückzieht.

31) Der Ausdruck „Verjährung“ im §. 1459 kann, wenn er als Gegensatz der Ersitzung einen Sinn haben soll, nur auf die usucapio libertatis bezogen werden.

32) Da bei der usucapio libertatis zwei Verjährungsgründe zusammenwirken, so wurde für sie (§. 1488) auch eine weit kürzere Verjährungsfrist, als für den bloßen non usus (§§. 1478, 1479) festgesetzt.

33) Anders nach röm. R., nach welchem der non usus inter praesentes in 10 Jahren, inter absentes erst in 20 Jahren zum Untergang der Servitut (auch bei beweglichen Sachen) führt. Keller a. a. O. Vangerow §. 357 Anm. Nr. 1.

34) Z. B. der Fahrweg wurde nur zum Gehen gebraucht, das Weiderecht nur auf einem Theile des dienstbaren Grundstücks ausgeübt. Zum letztgenannten Beispiel gehört es auch, wenn ein an dem ganzen Gemeindegebiete zustehendes Weiderecht nur auf den Grundstücken einzelner Gemeindeinsassen geübt wurde; denn das Weiderecht an einer ganzen Feldmark ist nicht als ein Aggregat von einzelnen Servituten, sondern als eine einheitliche Servitut aufzufassen. Anschütz im Civ. Arch. LIII. S. 301—304.

35) Vgl. L. 2. 17. D. 8. 6. L. 20. D. 7. 4. Keller S. 356, 357.

36) Auch bei diesen kann die usucapio libertatis vorkommen, obwohl der Wortlaut der §§. 1482, 1488 fast nur auf affirmative paßt. Vgl. Keller S. 356.

37) Wörtlich z. B. durch Androhung der Viehpfändung, wofern das Weiderecht noch weiter ausgeübt werden sollte.

38) Nach röm. R. ist auch hier der Zeitraum von 10—20 Jahren maßgebend. Der Hauptunterschied der usucapio lib. gegenüber dem non usus liegt nur darin, daß der letztere regelmäßig nur bei den Personalservituten und den serv. praed. rust., die erstere bei den serv. praed. urb. Anwendung findet. Vangerow §. 357, Keller §. 182.

lassen habe[39]) (§. 1488). Zu Gunsten freiwillig Abwesender verlängert sich auch hier die Verjährungszeit nach §. 1475; juristische Personen genießen dagegen keine Begünstigung, weil die für sie bestehende Verlängerung des dreijährigen Zeitraums auf einen sechsjährigen nur im Falle einer Ersitzung Platz greift (§§. 1472, 1485), während die usucapio libertatis in Wahrheit eine Verjährung ist. Das letztere ergibt sich nicht nur daraus, daß durch die usucapio libertatis kein Recht erworben, sondern nur eine Belastung aufgehoben wird, sondern beweisend ist dafür insbesondere, daß das Gesetz Rechtmäßigkeit und Redlichkeit auf Seiten des sich Widersetzenden nicht fordert.[40]) Uebrigens ist diese Verjährung eine wahre Gebrauchs- und Klagenverjährung zugleich[41]); das letztere, denn sie wirkt gewiß den Untergang der Klage; das erstere, denn sie tritt nicht ein, wenn der Berechtigte trotz der gegnerischen Widersetzlichkeit das Recht weiterhin ausübt[42]) (§. 1488 verb.: „das Recht . . . wird durch den Nichtgebrauch verjährt"). — Diese Verjährung kann nicht nur zur Erlöschung, sondern auch zu bloßer Einschränkung einer Servitut führen (§. 1482).

Im Uebrigen gelten auch von der Servitutenverjährung die für die Klagverjährung bestehenden Grundsätze über Zeiteinrechnung, Hemmung und Unterbrechung. Nur ist bei dem reinen Nichtgebrauch der Beginn des Verjährungslaufes nicht an den Zeitpunkt der Entstehung der Klage, sondern an jenen geknüpft, in welchem die Ausübung zwar möglich war, aber unterlassen wurde; die physische Unmöglichkeit der Ausübung[43]) schiebt also den Anfang der Verjährung hinaus (§. 1478 verb.: „das an sich schon hätte ausgeübt werden können").[44])

Die Servitutenverjährung führt nur bei beweglichen Sachen und nicht eingetragenen Grundstücken unmittelbar den Untergang der Servitut herbei (§. 1451); bei intabulirten Servituten erzeugt sie nur ein Klagrecht desjenigen, zu dessen Gunsten sie vollendet wurde, auf Löschung in den öffentlichen Büchern (§. 1499)[45]), erst durch die Löschung hört die Servitut selbst auf (§§. 444, 445). Wird also das herrschende Grundstück noch vor der Löschung von einem Dritten im Vertrauen auf das öffentliche Buch erworben, so wird die verjährte Servitut von Neuem

39) Arg. §. 1488 verb.: „Durch den Nichtgebrauch."

40) Ebenso das röm. R.; das canonische verlangt aber für die usucapio libertatis die bona fides (Keller S. 358); darum faßt sie Vangerow §. 357 Anm. 3 a. E. als ein unter die Ersitzungsfälle zählendes Institut auf.

41) Schwankend Unger II. S. 273 Note 70, S. 436 Note 3.

42) Handelte es sich um reine Klagenverjährung, so müßte die Servitut trotz fortgesetzter Ausübung wegen unterlassener Einklagung verjähren.

43) Z. B. bei der serv. aquaehaustus ist die Quelle zeitweilig versiegt; auch bei einer servitus discontinua ist der Anfang der Verjährung aufgeschoben, bis die Gelegenheit zur Ausübung derselben eintritt.

44) Pachmann Verjährung S. 29, Stubenrauch III. S. 730. Nach röm. R. hindert die Unmöglichkeit der Ausübung den Beginn der Verjährung nicht. Keller S. 356.

45) Nicht entgegen §. 1479, der nur besagt, daß der Umstand, daß das Recht intabulirt ist, auf das Zeitmaß der Verjährung nicht den gleichen Einfluß, wie bei der Ersitzung ausübe.

wirksam (§. 1500).[46]) Doch kann sich der durch Verjährung Befreite auch ohne vorausgegangene Löschung nicht nur der ferneren Ausübung der Servitut widersetzen, sondern sich auch gegen die confessorische Klage jedes Besitzers des herrschenden Grundstückes, der dasselbe nicht im Vertrauen auf das öffentliche Buch erworben hat, wirksam vertheidigen.

§. 260. Schutz der Servituten.

Wenn sich der durch die Servitut Belastete oder ein Dritter der Ausübung der Servitut thätlich widersetzt, so kann sich der Berechtigte regelmäßig schon durch die possessorische Klage ausreichend schützen. Wo aber diese nicht zulässig ist[1]), da steht ihm noch die petitorische Klage zur Geltendmachung des dinglichen Servitutsrechts, die sog. confessorische Klage zu.[2]) Sogar wenn sich der Belastete nicht widersetzt, sondern nur die Existenz der Servitut bestreitet, steht dem Berechtigten diese Klage als präjudicielle zu, obwohl er allerdings in solchem Falle angemessener die negatorische Klage des Gegners abwarten, oder ihn im Wege der Aufforderungsklage zu deren Anstellung nöthigen wird (§. 523).[3])

Klagegrund und somit Gegenstand des Beweises bei dieser Klage ist „die Erwerbung der Servitut als eines dinglichen Rechtes" (§. 523), also bei derivativem Erwerb die Tradition oder Intabulation nebst dem Eigenthum desjenigen, von dem der Kläger die Servitut ableitet[4]), bei originärem, nämlich der Ersitzung, die Erfordernisse dieser letzteren[5]); bei Prädialservituten muß der Kläger außerdem sein Eigenthum am herrschenden Grundstück darthun.[6]) Wer nur einen sog. Rechtstitel, nicht den wirklichen Erwerb darzuthun vermag, kann daher nicht mit der confessorischen, sondern nur mit der persönlichen Klage aus dem betreffenden Geschäfte auftreten, und mit dieser nur gegen den obligatorisch Verpflich-

---

46) Damit diese Eventualität nicht während des Löschungsprocesses eintrete, ist es gestattet, die Löschungsklage bücherlich annotiren zu lassen (G.-B.-G. §. 69), wo dann das Löschungsurtheil auch gegen die nach der Anmerkung erworbenen bücherlichen Rechte wirksam ist, nicht auch gegen die früher erworbenen (§. 71 ebda.). Diese Streitanmerkung ist wohl nicht nur im Falle der Erlöschung der Servitut durch Verjährung, sondern auch in anderen Erlöschungsfällen zulässig, obwohl das G.-B.-G. nur des ersteren Falles gedenkt. Schon das Hofd. v. 28. März 1846 sprach ganz allgemein.

1) Z. B. wegen mangelnden Besitzes oder wegen bereits versäumter Frist.

2) Selbstverständlich ist ihm deren Anstellung unbenommen, auch während die possessorische Klage noch zulässig ist.

3) Die letztere wird freilich häufig nicht zum Ziele führen, wenn die Identität des im öffentlichen Buche eingetragenen Grundstücks mit jenem, an welchem man die Servitut zu haben behauptet, bestritten ist.

4) Ist der Geklagte derjenige, von dem man die Servitut ableitet, und ist er sonach auch obligatorisch zur Duldung der Servitut verpflichtet, dann reicht der Kläger gegen ihn mit der persönlichen Klage aus, bei der es des Nachweises des Grundeigenthums des Beklagten nicht bedarf.

5) Entsch. G.-H. 1867 Nr. 95 [= Sammlung VI. Nr. 4748]; hiernach genügt Nachweisung des bloßen Besitzes nicht.

6) Diesen Beweis muß Kläger auch dann erbringen, wenn er Besitzer der Servitut ist; nicht entgegen §. 323 b. G.-B. Vgl. Keller §. 184 S. 361, 362, Vangerow §. 353 a. E.

teten, nicht auch gegen dessen Singularsuccessor aufkommen (§. 443) — ausgenommen den Fall der Naturalersitzung einer Servitut an einem eingetragenen Grundstück, welche er gegen jeden Nachfolger geltend machen kann, dem die Rechtswohlthat des §. 1500 nicht zu statten kommt. Bei der condemnatorischen Servitutenklage ist endlich noch der Eingriff des Geklagten darzuthun (arg. §. 369).

Vermag der Kläger zwar die Tradition oder Intabulation der Servitut, nicht aber auch das Eigenthum desjenigen, von welchem er sein Servitutsrecht ableitet, oder vermag er nur den rechtmäßigen Besitz des herrschenden Grundstücks, nicht auch sein Eigenthum an demselben nachzuweisen[7]), so gilt er wenigstens als rechtmäßiger Besitzer der Servitut und kann daher (wie im analogen Falle der Eigenthumsklage §§. 372 bis 374) sein sog. Besitzrecht mit der Publicianischen Klage[8]) gegen Jeden mit voller Wirkung geltend machen, dessen Besitz und bezw. Hinderung auf einem schwächeren Rechtsgrunde beruht[9]) (§. 523 verb.: „Besitz derselben als eines dinglichen Rechtes"[10]), §. 347 verb.: „Klage aus einem vermeintlich stärkeren Rechte").

Die confessorische Klage steht auch dem Miteigenthümer[11]), ferner dem sog. Nutzungseigenthümer zu, da er nach östr. Recht als Eigenthümer angesehen wird, nicht auch dem Pfandgläubiger[12]), Pachter oder Fruchtnießer des herrschenden Grundstücks; dieser macht jedoch gegen den Widerspenstigen sein Fruchtgenußrecht geltend.[13])

Geklagter ist bei der confessorischen Klage nicht nur der Eigenthümer der dienstbaren Sache, sondern auch jeder Dritte, welcher sich der Ausübung der Servitut widersetzt.[14]) Auch die Bestimmung des §. 377 über den, qui liti se obtulit, findet analog Anwendung[15]), nicht auch

---

7) Ebenso nach röm. R. L. 11 §. 1 D. de Publ. a. 6. 2. Vangerow §. 354, Keller §. 185, Arndts §. 191 a. E.

8) Winiwarter II. S. 345, Ellinger ad §. 523, Stubenrauch II. S. 221.

9) Der Geklagte ist nämlich entweder Jener, der den Besitz der Servitut an sich gerissen, oder der Eigenthümer, der sich ihrer Ausübung widersetzt hat; auch der letztere versetzt sich damit in einen Besitz (der Freiheit). Die §§. 372, 373 können also unmittelbar angewendet werden. — Die Klage steht auch dem physischen Besitzer zu, nur nicht gegen den Tabularbesitzer.

10) Mit diesem Ausdrucke kennzeichnet das Gesetz deutlich genug den zur Publicianischen Klage erforderlichen Besitz, denn nur das sog. „Besitzrecht", d. i. der rechtmäßige Besitz, wird im G.-B. als dingliches Recht betrachtet. Anders Entsch. G.-H. 1865 Nr. 79 [= Riehl I. S. 236], welche diese Stelle vom sog. possessorium ordinarium versteht (worunter freilich häufig die Publ. Klage verstanden wird, vorliegend aber eine wirkliche Besitzklage verstanden wurde). — Mit dem Text übereinstimmend auch Stubenrauch II. S. 221.

11) Jedem einzelnen Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks wegen der Untheilbarkeit der Servitut in solidum. Arndts §. 191; vgl. auch §. 890 b. G.-B.

12) Im röm. R. wird die Klage dem Emphyteuten, Superficiar und Pfandgläubiger utiliter zugestanden. Keller §. 184.

13) Ebenso L. 1. pr. L. 5. §. 1. D. 7. 6. Keller a. a. O.

14) Keller S. 361.

15) Ebenso nach röm. R. Keller a. a. O.

die singulären, nur für die Eigenthumsklage berechneten Bestimmungen der §§. 376, 378.

Klagsgegenstand ist nicht nur Anerkennung und Duldung der Servitut oder Wegschaffung des Hindernisses, sondern auch Ersatz der Früchte und des sonstigen Schadens (§§. 330—338).[16])

§. 268. Leitende Grundsätze der Pfandrechtslehre.

Die Grundprincipien der Pfandrechtslehre sind folgende:

1) Das Pfandrecht ist ein accessorisches Recht einer Forderung; daraus folgt:

a) Ohne eine giltige Forderung kann ein Pfandrecht nicht bestehen (§. 449; vgl. §. 1351)[1]); darum erlischt es mit der Tilgung der Forderung (§. 469 a. A.). Doch gibt es, wie im römischen, so auch im östr. Recht einige singuläre Ausnahmsfälle, in denen es sich unabhängig von der Forderung behauptet (§§. 455, 469, 1483, 1500, auch §. 1378)[2]), und im modernen Hypothekenrecht ist diese Selbständigkeit besonders ausgebildet worden. — Eine naturalis obligatio ist eine wahre Forderung; es kann also auch für sie mit voller Wirkung ein Pfand bestellt werden; bleibt auch die Forderung unklagbar, so steht dies der Klagbarkeit des Pfandrechts nicht im Wege.[3])

b) Ist eine Forderung bedingt oder betagt, so ist es auch das zu ihrer Deckung eingeräumte Pfandrecht. Wird für eine ungewisse, d. i. eine solche Forderung, deren Bestand nicht wegen einer Bedingung, sondern aus einem anderen Grunde ungewiß ist, ein Pfand bestellt, so ist die Pfandbestellung nicht ungiltig (vgl. §§. 520, 692, 1428 b. G.-B., §. 14 G.-B.-G.)[4]), das Pfandrecht aber ebenso ungewiß, wie die Forderung, und erlangt wie diese seine volle Wirksamkeit erst mit der Beseitigung der Ungewißheit. Auch die Bestellung eines Pfandes für künftige, d. i. künftig zu begründende Forderungen ist zulässig (§§. 343, 834, 1101, 1364, 1365 b. G.-B., §§. 14, 53 fg. G.-B.-G.)[5]), ruft aber das Pfand-

16) Keller S. 361, 362.

1) Daraus folgt, daß, wenn in dem intabulirten Schuldschein der Titel der Schuld nicht richtig angegeben ist (z. B. Darlehensforderung statt Forderung aus der Geschäftsführung, §. 1042) die Intabulation nicht gilt (Entsch. G.-Z. 1873 Nr. 3 [= Sammlung X. Nr. 4649]).

2) Vgl. Unger I. S. 530 Note 78, und unten.

3) Puchta §. 194, Arndts §. 366, Vangerow I. S. 911—914, Keller §. 191, Heimbach S. 7, Pfaff G.-Z. 1868 Nr. 79 Note 65; dagegen Weber Natürliche Verbindlichkeit §. 107. — Die im §. 461 b. G.-B. begründete Nothwendigkeit zu klagen steht dem Gesagten nicht entgegen und verwandelt das Pfandrecht keineswegs (wie Weber behauptet) in bloßes Retentionsrecht; vielmehr kann das Pfandrecht immer mit der Hypothekarklage geltend gemacht werden, wenn auch die Forderung unklagbar ist. [Vgl. noch Ges. v. 19. Juli 1877 Nr. 67 R.-G.-B.]

4) Vgl. auch Grundriß I. §. 188.

5) Vgl. böhm. Landtafelpat. §. 37, Min.-V. v. 12. Aug. 1851 Nr. 184. Entsch. G.-Z. 1856 Nr. 62, 1858 Nr. 3, 1861 Nr. 145, 1868 Nr. 46 [fehlt in den Sammlungen], 1870 Nr. 91, G.-H. 1871 Nr. 43, dagegen Entsch. G.-Z. 1852 Nr. 139 [= Sammlung I. Nr. 168, 415, III. Nr. 1406, Schimkowsky II. Nr. 785, III. Nr. 27; der letztcit. Fall gedieh nicht an den obersten G.-H.].

recht erst mit der Existenz der Forderung ins Leben.[6]) Mittlerweile hat die Bestellung die Wirkung, daß Seitens des Verpfänders Alles unterlassen werden muß, was der seinerzeitigen Ausübung des Pfandrechtes abträglich sein könnte, — und die künftige Forderung sammt dem Pfandrecht bildet schon in der Gegenwart einen Gegenstand des rechtlichen Verkehrs (vgl. §§. 939, 944, 1177, 1276, 1278).[7]) Das Gleiche gilt von den ungewissen mit Pfandrecht bedeckten Forderungen während der Dauer der Ungewißheit.

c) Mit der Forderung wird auch das sie sichernde Pfandrecht ipso jure mit übertragen, verpfändet oder zum Fruchtgenuß bestellt[8]), und eine abgesonderte Uebertragung, Verpfändung oder sonstige Belastung des letzteren ohne die erstere ist an sich begrifflich nicht möglich (§§. 1358, 1394).[9]) Das geltende Recht hat aber auch hier einzelne Abweichungen positiver Natur zugelassen (§§. 1378, 469 u. a.).

2) Das Pfandrecht, wie jedes jus in re, besteht nur an fremden Sachen[10]), daher die Uebertragung der Forderung an den Pfandeigenthümer, oder des Eigenthums der Pfandsache an den Gläubiger das Pfandrecht sofort zerstört, wenn auch, wofern die Sache noch anderen (namentlich jüngeren) Gläubigern verpfändet ist, das erloschene Pfandrecht auch nach dieser Consolidation eine gewisse Wirksamkeit äußert (§. 1445).[11]) Das bücherliche Pfandrecht hat jedoch (in ähnlicher Art, wie bücherliche Servituten) die Fähigkeit, auch nach der Consolidation fortzudauern (§. 1446).

3) Das Pfandrecht, wie jedes jus in re, hat niemals das Recht auf positive Leistungen des Eigenthümers der damit behafteten Sache zum Inhalt; solche können nur auf Grund der neben dem Pfandrecht bestehenden Forderung von dem Schuldner verlangt werden. Ist also der Pfandeigenthümer nicht zugleich Schuldner, so ist er — dies ist wichtig für das Verständniß der Pfandklage (§. 466) — nur verpflichtet, die Befriedigung aus dem Pfande zu gestatten.[12]) Dadurch unterscheidet sich das Pfandrecht von der häufig mit demselben verwechselten Realschuld, welche jeden Besitzer der damit behafteten Sache zum wirklichen Schuldner macht.

4) Das Pfandrecht haftet bis zur vollen Befriedigung auf der ganzen damit behafteten Sache oder auf den mehreren dafür verpfändeten Stücken[13]), daher der Gläubiger, wenn er nur theilweise Befriedigung empfangen hat, nicht gehalten ist, einzelne derselben freizugeben. Wird eine mehreren Miteigenthümern gehörige Sache für deren Schuld verpfändet und hier-

---

6) L. 5 pr. D. de pign. 20. 1. Keller §. 191, Arndts §. 366.

7) Vgl. Entsch. G.-Z. 1867 Nr. 66 [= Sammlung V. Nr. 2502].

8) Vgl. Puchta §. 196, Unger I. S. 600, Pfaff G.-Z. 1868 Nr. 88.

9) Das Gegentheil behauptet Nippel ad §. 454 Nr. 5; vgl. dagegen Winiwarter II. S. 252.

10) Keller §. 192.

11) Vgl. Hofd. v. 21. April 1825 (Anhang für Siebenbürgen Nr. 76).

12) Unger I. S. 533.

13) Heimbach S. 8, Vangerow S. 914—918.

auf unter ihnen getheilt, so haftet das Pfandrecht gleichwohl fortan auf jedem einzelnen Theilstücke, bezw. auf den ursprünglichen Quoten des Ganzen, und kann so ausgeübt werden, als ob die Theilung nicht erfolgt wäre (§. 847). Man hielt darum[14]) das Pfandrecht häufig für ein untheilbares Recht; ohne Grund, denn es kann an Quoten seines Objectes entstehen, erlöschen und verfolgt werden (§. 829)[15]). Etwas Besonderes gilt jedoch im Falle der Verpfändung einer Geldsumme; hier kann schon nach theilweiser Befriedigung der entsprechende Theil der Geldsumme zurückverlangt werden, weil das Geld nicht nur Pfand, sondern zugleich Zahlungsmittel ist.[16])

5) Eine Pfandsache kann Mehreren successiv verpfändet werden, und jeder dieser Pfandgläubiger (nicht, wie nach röm. Recht, nur der ältere) hat das Verkaufs- oder sonstige Befriedigungsrecht rücksichtlich derselben; nur wird der spätere immer blos so weit befriedigt, als nach Befriedigung der früheren noch etwas erübriget.[17])

6) Das Pfandrecht ist ein beliebig veräußerliches Recht, es sei denn für eine höchst persönliche Forderung bestellt, da die Veräußerung des Pfandrechts regelmäßig auch jene der Forderung mit ergreift. Verzicht auf das Pfandrecht enthält jedoch im Zweifel nicht auch einen Verzicht auf die Forderung (§. 467).

§. 269. Object des Pfandrechts.

Gegenstand des Pfandrechts kann Alles sein, was „im Verkehre steht" (§. 448 b. G.-B.). Da der regelmäßige Weg der Befriedigung des Gläubigers in der Veräußerung besteht, so kann man auch sagen: Gegenstand des Pfandrechts kann Alles sein, was und so weit es eine Veräußerung zuläßt.[1]) Die Verpfändung von Familienfideicommißgütern kann sich also nur auf die Früchte (§. 642), und nur für den Fall der Erlöschung ihrer bisherigen Widmung auch auf das Gut selbst beziehen.

---

14) Vgl. z. B. Keller S. 86. Den quellenmäßigen Anhaltspunkt dafür fand man in L. 67 D. de evict. 21. 2; aber diese Stelle sagt: indivisa (nicht individua) est pignoris causa. Das im Text Gesagte folgt einfach daraus, daß das Zurückbehalten und Verkaufen des ganzen Pfandes trotz theilweiser Tilgung der Schuld ein nothwendiges Mittel zur Erreichung vollständiger Befriedigung ist. Vgl. Unger S. 611 Note 18.

15) Unger I. S. 611, Arndts §. 53 Anm. 6. Es bleibt trotz des in der vorigen Note Gesagten wahr, daß mit der Erlöschung eines Theiles der Forderung auch der entsprechende Theil des im Pfandrecht liegenden Befriedigungsrechtes erlischt.

16) Daß Bargeld Gegenstand des Pfandrechts sein kann, beweist W.-O. Art. 25. Da die Ausübung des Pfandrechts immer auf die Erlangung einer bestimmten Geldsumme abzielt, eine solche aber hier schon vorhanden ist, so kann die Ausübung nur in der Aneignung des betreffenden Theilbetrages der erlegten Geldsumme bestehen und von einer Haftung der ganzen Summe nicht die Rede sein. Vgl. Harum in Haimerl's Mag. XI. S. 338 fg.

17) C.-O. §§. 31, 38, G.-B.-G. §. 29.

1) L. 9. §. 1. D. de pignor. 20. 1: Quod emtionem venditionem recipit, etiam pignorationem recipere potest. Vgl. Arndts §. 367, Keller §. 192.

An gewissen Gegenständen ist indessen durch specielle Gesetze aus Gründen des öffentlichen Wohles oder der Billigkeit jede Pfandbestellung als unzulässig erklärt[2]); gewisse andere Werthobjete sind zwar nicht dem Pfandrechte überhaupt, jedoch allerdings der Executionsführung und damit der gerichtlichen Pfändung entzogen.[3]) An künftigen Sachen kann, obwohl sie schon vor ihrer Entstehung Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind (vgl. §. 1276), ein Pfandrecht nicht bestehen, weil es über das Nicht-existirende keine rechtliche Macht gibt; die im Gesetze ausdrücklich für zulässig erklärte Intabulation des Pfandrechts auf die Früchte als künftige Sachen (§§. 457, 632 b. G.-B., §. 85 G.-B.-G., §. 320 A. G.-O., Hofd. v. 7. April 1798) bewirkt nur eine auf dem betreffenden Grundstück haftende Verbindlichkeit des jedesmaligen Grundbesitzers, die Absonderung der Früchte durch einen Sequester zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers zuzulassen.

Ein Vermögen als solches, d. i. die Gesammtheit der einer Person gehörigen, in ihrem Bestande wechselnden Vermögensrechte ist zwar Gegenstand des Verkehrs (§§. 944, 1177, 1278, 532), nicht aber auch des Pfandrechts, da das östr. Recht eine Erwerbsart nicht kennt, wodurch ein solches begründet werden könnte. Darum kann auch eine Erbschaft als solche nicht gepfändet werden, sondern nur die einzelnen Erbschaftsstücke (Hofd. v. 3. Juni 1846 Nr. 968 J.-G.-S.). Die gemeinrechtlichen Generalhypotheken sind in Oesterreich theils schon vor der Einführung des b. G.-B.[4]), in einzelnen Kronländern aber erst später aufgehoben worden.[5])

Diese Beschränkungen abgerechnet, kann Alles Gegenstand des Pfand-

---

2) Oder doch wesentlich beschränkt: Besoldungen und Bezüge der öffentlichen Beamten und Diener (Pat. v. 15. October 1798 Nr. 436 J.-G.-S.; vgl. Entsch. G.-Z. 1867 Nr. 16 [= Sammlung V. Nr. 2468], Kirchstetter S. 214 Note 3 Nr. 7); [jetzt in sehr erheblicher Weise verändert durch Gesetz v. 21. April 1882 Nr. 123 R.-G.-B.]; Gehalte und sonstige Dienstbezüge der im Privatdienste dauernd angestellten Personen, wenn diese Bezüge jährlich 600 fl. nicht übersteigen, Arbeiterlohn oder sonstiges Entgelt, das Personen gebührt, die ihre Thätigkeit ausschließlich oder vorzugsweise im Arbeits- oder Dienstverhältniß verwenden, solange die Arbeiten oder Dienste noch nicht geleistet und der Tag noch nicht abgelaufen ist, an dem das Entgelt auszufolgen war (ausgeschlossen nicht nur Pfändung, sondern auch Cession, Anweisung und Verpfändung; doch Execution zulässig zur Einbringung gesetzlicher Unterhaltsbeträge), Gesetz v. 29. April 1873 Nr. 68 R.-G.-B.; Brandschadenvergütungsbeträge Hofd. v. 18. Juli 1828 Nr. 2354 J.-G.-S.; Militärheirathscautions-Interessen unter 100 fl. unbedingt, bei höheren mit dem Betrage von $^3/_4$, Hofd. v. 5. Mai 1839 Nr. 357 J.-G.-S.; Pensionen, Provisionen und Gnadenbezüge öffentlicher Beamten, Diener und ihrer Angehörigen unter 100 fl. (Hofd. v. 22. April 1839 Nr. 356 J.-G.-S.), höhere zur Hälfte (Hofd. v. 16. Jänner 1786 Nr. 518 J.-G.-S.), Rechte und Einkünfte der Postmeister (Pat. v. 5. Nov. 1837 Nr. 240 J.-G.-S.), Recht der Pulvererzeugung (Kriegsmin.-V. v. 31. März 1853 Nr. 91 R.-G.-B. §. 5). [Vgl. die Daten zu §. 448 der 13. Aufl. der Manz'schen Ausg.].

3) Näheres darüber gehört in das Proceßrecht.

4) So in Böhmen durch Landt.-Pat. v. 1794 §. 13, in Galizien durch Pat. v. 26. Aug. 1784.

5) So in Tyrol durch Hofd. vom 30. October 1819, in Dalmatien durch Hofd. v. 22. October 1830.

rechts sein, was eine Veräußerung zuläßt, also nicht nur körperliche Sachen, sondern auch die veräußerlichen Rechte[6]), denn auch diese werden (arg. §§. 285, 291) im §. 448 unter dem Ausdrucke „Sache" begriffen. Insbesondere sind verpfändbar:

1) Forderungen (pignus nominis), die höchst persönlichen wenigstens der Ausübung nach; es kann sogar der Pfandgläubiger selbst Schuldner der ihm verpfändeten Forderung sein[8]), was insbesondere bei dem sog. pignus irregulare[9]) der Fall ist. In das Gebiet der Forderungen fallen ihrer wahren Natur nach auch die privatrechtlichen Monopole, wie das Jagd- und Fischereirecht, die Industrieprivilegien, das Autorrecht, die Bannrechte u. dgl. Auch sie lassen daher eine Verpfändung zu.

2) Das Pfandrecht selbst als Accessorium der verpfändeten Forderung, und sogar selbständig, wo es fähig ist, eine selbständige Existenz zu führen. Das Pfandrecht am Pfandrecht heißt Afterpfandrecht (subpignus, §§. 454, 455).

3) Die Prädialservituten als Nebenrechte des verpfändeten Grundstücks, und das Fruchtgenußrecht hinsichtlich der Ausübung[10]), da es in dieser Richtung eine Uebertragung zuläßt (vgl. §. 150 a. E.); andere Personalservituten, sowie die Prädialservituten für sich allein lassen wegen ihrer absoluten Unübertragbarkeit nicht einmal eine Verpfändung der Ausübungsbefugniß zu.

4) Das Erbpacht-, das Erbzins- und das Bodenrecht (§. 1128).

Das Erbrecht, an sich unübertragbar, überdies auch nicht ein Recht im technischen Sinne, ist kein Gegenstand des Pfandrechts (Hofd. v. 3. Juni 1846 cit.).

Sehr bestritten ist die Frage, ob das Pfandrecht an Rechten ebenfalls ein dingliches Recht sei. Die Frage ist, wie dies Bremer[11]) und Hofmann[12]) gegen die herrschende Meinung[13]) erwiesen haben, zu be-

6) Vgl. Keller §. 192.

7) Auch sog. Kaufrechte, auch wenn sie nicht urkundlich bescheinigt (oder intabulirt) sind. Entsch. G.-Z. 1856 Nr. 10 [= Sammlung I. Nr. 90].

8) Pl.-Entsch. G.-Z. 1873 Nr. 8 [= Sammlung X. Nr. 4810]. Auch der Verkäufer kann das gegen ihn bestehende Kaufrecht pfänden: Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 81 [= Schimkowsky I. Nr. 469].

9) D. h. eine Caution in vertretbaren Sachen, die nicht in specie zu restituiren sind; verpfändet ist die auf Rückstellung der Caution gerichtete Forderung des Bestellers. Vgl. hierüber insbes. Pfaff Geld als Mittel pfandrechtl. Sicherstellung in der G.-Z. 1868 Nr. 74—88 (auch im Sep.-A.).

10) Puchta §. 195 Note d, Keller §. 192, Arndts §. 367. Entsch. G.-H. 1870 Nr. 27 [= Schimkowsky II. Nr. 833]. Dagegen läßt Entsch. G.-H. 1870 Nr. 26 [= Sammlung VIII. Nr. 3746] die Pfändung eines Ausgedinges nicht zu.

11) Das Pfandrecht und die Pfandobjecte, 1867.

12) G.-Z. 1870 Nr. 9, 10.

13) Davon ausgehend, daß zum Wesen eines dinglichen Rechtes Herrschaft über eine körperliche Sache gehöre, bestreitet sie solchen Pfandrechten den Charakter der Dinglichkeit. Vgl. Unger I. S. 534, Puchta §. 193 a. E., Arndts §. 364. Dagegen schon Stubenrauch II. S. 1 Note **, und vgl. zu der Frage auch Bekker krit. Vjschr. VI. S. 473 fg.

jahen. Selbst das Pfandrecht an einer Forderung verleiht eine unmittelbare, nicht erst durch die Thätigkeit einer bestimmten Person vermittelte Herrschaft über die Forderung, und in solcher Herrschaft (nicht in der Körperlichkeit des Objects) liegt das Charakteristische der dinglichen Rechte (oben Grundriß §§. 32, 33).[14]) Das trifft nun auch beim Forderungspfandrecht zu; selbsthandelnd verschafft sich der Gläubiger die Befriedigung aus der verpfändeten Forderung, ohne vom Verpfänder oder vom Schuldner eine positive Leistung zu fordern, und in dieser wesentlichen Beziehung[15]) trägt das Forderungspfandrecht alle jene Merkmale an sich, die das Pfandrecht an einer körperlichen Sache aufweist.[16]) Umsomehr muß das Afterpfandrecht und das Pfandrecht an den übrigen dinglichen Rechten als ein dingliches Recht angesehen werden.

Das Pfandrecht an Forderungen und an den oben genannten dinglichen Rechten beweist, daß Rechte auch als Rechtsobjecte auftreten können. Selbst bei der Verpfändung einer körperlichen Sache (dem „Sachenpfandrecht") ist das eigentliche Object des Pfandrechts nicht die Sache, sondern das Eigenthumsrecht, und es ist nur eine abgekürzte Ausdrucksweise, wenn von einer Verpfändung der Sache selbst gesprochen wird. Denn die dem Pfandgläubiger zustehende Macht äußert sich nicht als Einwirkung auf die Sache, sondern als Verfügungsrecht über deren Eigenthum; veräußert wird nicht die Sache, sondern das Eigenthumsrecht an derselben, und die Uebergabe der veräußerten Sache an den Ersteher ist nur die Form der Uebertragung des Eigenthumsrechtes.[17]) Das Pfandrecht hat also trotz seiner Dinglichkeit niemals eine körperliche Sache zum unmittelbaren Object.[18])

§. 270. Umfang des Pfandrechts bezüglich des Gegenstandes.[1])

Das Pfandrecht ergreift die Sache mit allen ihren Theilen, also auch mit ihren Accessionen[2]) und selbst ihren Pertinenzen, da auch diese, wie die Accessionen, bei Veräußerungen und Belastungen die juristischen Schicksale der Hauptsache theilen; dabei ist es gleichgiltig, ob diese Gegenstände die Accessions- oder Pertinenzqualität bereits zur Zeit der Verpfändung hatten, oder sie erst später erlangt haben.[3]) Wird daher auf dem verpfändeten Grundstück später ein Gebäude von wem immer errichtet,

14) Der dinglich Berechtigte hält sich unmittelbar an das Object, er nimmt sich selbst, was ihm gebührt, bei Forderungsrechten soll dem Gläubiger ein Anderer leisten.

15) Der Pfandgläubiger veräußert die ihm verpfändete Forderung ebenso, wie der Sachenpfandgläubiger die ihm verpfändete Sache veräußert.

16) Ein dagegen erhobenes Bedenken ist widerlegt im Grundriß §. 33 Note 2.

17) Da dieses nach östr. Recht eben nicht schon durch den Verkauf übergeht.

18) Bremer bes. S. 39 fg., 59 fg. Ebenso Pfaff G.-Z. 1868 Nr. 75, der aber daraus den Schluß zieht, das Pfandrecht sei nie ein dingliches, wohl aber stets ein absolutes Recht. Vgl. auch schon Arndts §§. 126, 364, 367.

1) Hierzu wie zum folgenden Paragraphen vgl. Turnes G.-Z. 1861, Nr. 119.

2) L. 21. D. de pign. act. 13. 7. L. 16. pr. D. de pign. 20. 1, Puchta §. 203, Vangerow S. 937 fg.

3) Unger I. S. 435, 445, 446.

so erstreckt sich das Pfandrecht auch auf dieses.[4]) Immerhin müssen jedoch die Theile des mit dem Pfandnexus behafteten Gutscomplexes frei verfügbares Eigenthum des Verpfänders bilden, daher Hofd. v. 8. März 1833 Nr. 2600 J.=G.=S. bestimmte, daß bei bücherlichen Belastungen von Gütern, bei denen sich l. f. Lehen befinden, immer bücherlich anzumerken sei, daß sich die Belastung auf die letzteren nicht beziehe. Dem Gläubiger haften demgemäß auch die stehenden Früchte, mag sie wer immer gepflanzt haben.[5]) Erst durch ihre Separation hören sie auf, einen Bestandtheil des Gutes und somit ein Object des Pfandrechts zu bilden; von da an können sie vom Eigenthümer — wofern der Fruchtbezug nicht einem Dritten gebührt — zu beliebigen Zwecken verwendet, also auch wem immer verpfändet werden.[6])[7]) Verpfändet also Jemand sein Gut, und später die Früchte desselben, so kann sich die spätere Verpfändung nicht auf die stehenden Früchte, die als Theile des Gutes eine separate Verpfändung nicht zulassen, sondern nur auf die zu separirenden beziehen (§. 457). Um aber dieser Verpfändung Wirksamkeit zu verschaffen, muß nach den bestehenden Proceßgesetzen vor deren Absonderung ein Sequester zur Einhebung der Früchte bestellt werden; unter dieser Voraussetzung dauert das auf die stehenden Früchte sich beziehende Pfandrecht auch nach der Separation an denselben fort.

Sehr streitig ist die Frage, ob unter den Früchten hier auch die Civilfrüchte zu verstehen seien. Die herrschende Theorie und vorwiegend auch die Praxis bejaht die Frage[8]), weil §. 457 von abgesonderten oder bezogenen Früchten spricht. Allein dem widerstreitet sowohl der Wortlaut, als die ratio juris; denn die Civilfrüchte sind weder „Zuwachs noch Zugehör des Pfandes" und das Wörtchen „folglich" (§. 457) beweist, daß nur Früchte gemeint sein können, die wirklich Zuwachs sind.

---

4) Entsch. G.=H. 1868 Nr. 9 [= Sammlung VI. Nr. 2888]: Vom Pachter erbaute Ziegelhütte.

5) Denn sie gehören dem Grundeigenthümer, sobald die Pflanze Wurzel geschlagen hat (§. 420 b. G.=B.).

6) Unger S. 445 Note 29; vgl. auch sächs. G.=B. §. 413. Nach röm. Recht gelten auch die abgesonderten Früchte, wenn sie dem Verpfänder zufallen, noch fortan als verpfändet. Vgl. Arndts §. 386, Vangerow S. 942, Keller §. 198. A. M. Puchta §. 203.

7) Vor der Trennung ist eine selbständige Verpfändung unmöglich. Demgemäß ist auch das Pfandrecht, unbeschadet seiner Continuität, einer Modification fähig. Eine solche tritt auch ein bei einer Expropriation der verpfändeten Sache; das Pfandrecht haftet nun auf der (etwa gerichtlich erlegten) Entschädigungssumme (Entsch. G.=H. 1868 Nr. 83 [= Sammlung VI. Nr. 3109], Nippel III. S. 542, Stubenrauch II. S. 122. Ueber die Modification, die beim executiven Verkauf eintritt, s. unten.

8) Nach röm. Recht sind die Civilfrüchte dem Pfandrecht nicht unterworfen. Ebenso für das östr. R. Unger I. S. 469 Note 39, S. 465 Note 24, Entsch. G.=H. 1863 Nr. 10 und die erste Entsch. in G.=Z. 1863 Nr. 105 [= Sammlung I. Nr. 96, II. Nr. 576]. Dagegen aber Zeiller ad §. 457 Nr. 1, Nippel III. S. 490, Winiwarter II. S. 260, Ellinger ad §. 457, Stubenrauch II. S. 72, Entsch. G.=Z. 1852 Nr. 88, 1856 Nr. 131, 1865 Nr. 100, die zweite und dritte Entsch. in G.=Z. 1863 Nr. 105 (= Tribüne 1862 Nr. 19 Z. 153) [= Peitler 2. Aufl. Nr. 930, 909, Sammlung V. Nr. 2299, VI. Nr. 587, 800].

Nach der Natur der Sache kann sich das Pfandrecht ohne weiteres nur auf dasjenige beziehen, was Bestandtheil der Pfandsache ist. Auch würde die herrschende Ansicht zu dem unerträglichen Ergebniß führen, daß der Pfandgläubiger bei verpachteten Grundstücken die Naturalfrüchte und deren Aequivalent, den Pachtzins, in Anspruch nehmen könnte. Wahr aber ist, daß das Pfandrecht, wenn einem Gute gewisse Gefälle ankleben — wie dies bei den ehemaligen Urbarialgiebigkeiten der Fall war —, sich auch auf diese erstreckt; sehr wahrscheinlich hat man bei der Formulirung des §. 457 („bezogen") eben diese im Auge gehabt. Daß aber das Pfandrecht auch solche Gefälle ergreift, hat seinen Grund nicht darin, daß sie Civilfrüchte sind, sondern darin, daß sie als accessorische Rechte (ähnlich den Activservituten) das Schicksal des Gutes theilen.

Wie an Accessionen, so ist auch an sonstigen materiellen Theilen einer Sache ein abgesondertes Pfandrecht nicht möglich.[9]) Das gilt insbesondere auch von einzelnen Parcellen eines Grundstückes[10]), während intellectuelle Theile eines solchen, wenn sie durch ein Miteigenthums-Verhältniß an demselben gebildet werden, geeignete Pfandobjecte sind (§. 13 G.-B.-G.[11]), §. 829 b. G.-B.).

Das Zugehör[12]) eines unbeweglichen Gutes wäre, da es keinen Bestandtheil desselben bildet, an sich zu einer abgesonderten Verpfändung wohl geeignet; die östr. Gesetzgebung erklärt dies jedoch für ganz unzulässig (Hofd. v. 7. April 1826 Nr. 2178 J.-G.-S., §. 121 Berg-G.).

Kleben dem Pfandobjecte accessorische Rechte[13]) an, so gelten sie als mitverpfändet, weil sie schon ihrer Natur nach an jeden Erwerber des Pfandobjects übergehen (§§. 442, 298 b. G.-B.), und daher auch bei dem zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers vorgenommenen Verkaufe an den Käufer übergehen müssen. Darum erstreckt sich das Pfandrecht an dem Gute auch auf die zu demselben gehörigen Prädialservituten, Reallasten, radicirte Gerechtsame, das Patronat u. s. w. (§§. 442, 445), und aus dem nämlichen Grunde erstreckt sich das Pfandrecht an einer verpfändeten Capitalforderung auch auf deren Zinsen.

§. 271. Umfang des Pfandrechts bezüglich der Forderung.

Das Pfand haftet nicht blos für die Forderung in ihrem ursprünglichen Ausmaß, sondern auch für deren Erweiterungen, und zwar nach folgenden näheren Bestimmungen:

---

9) Unger I. S. 423 Note 17, S. 425 Note 24.

10) Daher ist auch unzulässig, sie abgesondert in Execution zu ziehen. Entsch. G.-Z. 1867 Nr. 58 [= Riehl I. S. 496].

11) „Das Pfandrecht kann . . . auf einen ganzen Grundbuchskörper oder . . . auf den Antheil eines jeden Miteigenthümers, dagegen aber nicht auf einzelne Bestandtheile eines Grundbuchskörpers oder auf einen Theil des einem Miteigenthümer im Grundbuche zugeschriebenen Antheils eingetragen werden." Ebenso schon §. 57 ung. G.-B.-O.

12) Vgl. Ausf. I. S. 323 Nr. 7.

13) Vgl. oben im Text vor Note 9.

1) für die Zinsen[1]), gesetzmäßige wie vertragsmäßige[2]), und zwar für einen dreijährigen[3]) Rückstand (§. 17 G.-B.-G.). Diese drei Jahre werden im Falle des Concurses (wie §. 33 C.-O. ausdrücklich entscheidet) von der Eröffnung desselben zurückgerechnet; für andere Fälle ist die Frage auch heute nicht ausdrücklich entschieden und darum nicht außer Streit. Doch liegt es wohl in der Natur der Sache, daß die drei Jahre von dem Tage zurückgerechnet werden, von welchem an der executive Käufer den Kaufpreis zu verzinsen hat, regelmäßig also von dem Tage der Erstehung[4]);

2) für die Proceß- und Executionskosten[5]) (§. 16 G.-B.-G.[6]), §. 36 C.-O.); von den letzteren genießen die Schätzungs-, Feilbietungs- und Meistbotvertheilungskosten als ein zum gemeinschaftlichen Nutzen aller Pfandgläubiger gemachter Aufwand (Massekosten) sogar ein Vorrecht (§§. 29, 38 C.-O., Hofd. v. 19. Novbr. 1839 Nr. 338 für Tirol[7]), §. 268 Berg-G.).

---

1) Auch den dreijährigen Rückständen periodischer Leistungen, denen keine Capitalsforderung entspricht, gebührt die gleiche Priorität mit dem Bezugsrechte selbst (§. 18 G.-B.-G.), und sind diese drei Jahre im Falle des Concurses von dessen Eröffnung zurückzurechnen (§. 34 C.-O.).

2) Früher war in Doctrin und Praxis sehr streitig, ob den Zinsen ohne besondere Verabredung (bezw. Intabulation) ein Pfandrecht überhaupt gebühre. Vgl. Ellinger ad §. 450, Stubenrauch II. S. 30, Turnes G.-Z. 1861 Nr. 119, Beck Jurist VIII. S. 100 fg., J. R. ebenda XVI. S. 41 fg., Haimerl Ztschr. f. R. u. St. 1837 II. S. 110 fg., Aufsätze ebenda 1833 II. S. 783 fg., 1837 I. S. 322 fg., 1838 I. S. 280 fg., Stieger Jurist XVI. S. 471 fg. Entsch. G.-Z. 1857 Nr. 10 und 11, 1858 Nr. 31, 1860 Nr. 144, 1861 Nr. 119, 1867 Nr. 105, 1869 Nr. 64 (zwei Entsch.), G.-H. 1861 Nr. 52, 1862 Nr. 47 [= Sammlung I. Nr. 258, 240, III. Nr. 1184, 1337, VI. Nr. 2908, Schimkowsky I. Nr. 52, Riehl IV. S. 1886, I. S. 463].

3) (Ratio: §. 1480.) Aeltere als dreijährige Zinsen u. dgl. haben, insoweit denselben ein Pfandrecht zukommt, erst nach den intabulirten Gläubigern, und zwar nach der Priorität der Capitalien zur Berichtigung zu gelangen (§. 35 C.-O.). Nach Entsch. G.-Z. 1874 Nr. 18 [= Sammlung XI. Nr. 5115] ist dies dann der Fall, wenn bereits verfallene Zinsen durch Urtheil zugesprochen wurden, weil solche nach der Min.-V. v. 21. Juli 1858 Nr. 105 R.-G.-B. erst in 30—40 Jahren verjähren. — Vgl. auch Entsch. G.-Z. 1870 Nr. 35 (= Spr.-Rep. Nr. 47) u. 40, G.-H. 1870 Nr. 68, G.-Z. 1870 Nr. 45, 69 [= Sammlung XI. Nr. 4929, Schimkowsky II. Nr. 1220, Sammlung VIII. Nr. 3708, VII. Nr. 3609, 3572] und J. R. G.-Z. 1873 Nr. 52, 53.

4) So schon Entsch. G.-H. 1868 Nr. 44 [fehlt in den Sammlungen] und J. R. a. a. O. Nr. 52, ebenso Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 22 (= Sammlung VI. Nr. 3192] rücksichtlich der Gläubiger, welche nicht geklagt haben; Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 64 [= Sammlung VI. Nr. 3211] läßt für diese den Kundmachungstag des Licitationsedictes maßgebend sein, und Entsch. G.-Z. 1870 Nr. 3, G.-H. 1870 Nr. 68 [= Schimkowsky II. Nr. 842, Sammlung VIII. Nr. 3708] berechnet zu Gunsten der Gläubiger, welche geklagt haben, die drei Jahre vom Klagstage zurück.

5) Entsch. G.-H. 1870 Nr. 12 (= Sammlung VII. Nr. 3598] schließt die Sequestrationskosten aus.

6) Die hier erwähnten „besonderen Bestimmungen“ sind wohl enthalten in den ein Vorrecht für gewisse Kosten statuirenden Gesetzen, die im Text am Ende von Nr. 2 allegirt sind.

7) Nach Jud.-B. Nr. 57 (= G.-Z. 1872 Nr. 81 [Manz'sche Sammlung I. S. 57]) hat dieses Hofd., weil aufge-

3) Das nicht bücherliche Pfand haftet auch für alle sonstigen Ersatzansprüche wegen schuldbarer Nichterfüllung, weil sie nur Modificationen der ursprünglichen Forderung, also juristisch mit derselben identisch sind (§. 912). Bei bücherlichen Pfändern findet diese Ausdehnung der Haftung darum nicht statt, weil sie den Realcredit beeinträchtigen würde, da spätere Gläubiger aus dem öffentlichen Buche den Umfang, in welchem die Sache früheren Gläubigern verfangen ist, nicht erkennen könnten.

Für eine andere, als die bestimmte Forderung haftet das Pfand nicht; es kann daher nach Erlöschung derselben blos darum, weil dem Gläubiger noch eine weitere Forderung zusteht, nicht retinirt werden (§. 471 b. G.-B.)

§. 275. Entstehung des Pfandrechts durch Einbringung auf das Bestandobject.[1])

Der Vermiether eines Wohngebäudes[2]) erlangt ipso jure ein Pfandrecht an den dem Miether oder Aftermiether gehörigen oder ihnen von

---

nommen in die J.-G.-S., auch außer Tyrol Geltung. Das darin ausgesprochene Princip ist denn auch in wiederholten gerichtlichen Entscheidungen für die Länder, in denen die A. G.-O. gilt, anerkannt. Entsch. G.-Z. 1858 Nr. 142, 1860 Nr. 69, 1861 Nr. 119 (anders Entsch. G.-H. 1868 Nr. 74) [= Sammlung II. Nr. 552, 918, III. Nr. 1336, VI. Nr. 3095] sprechen den nicht intabulirten Gerichtskosten die gleiche Priorität mit dem Pfandcapital zu; Entsch. G.-H. 1863 Nr. 62, 1866 Nr. 57, 1869 Nr. 52 (= G.-Z. 1872 Nr. 11), G.-Z. 1866 Nr. 18, 96, 1870 Nr. 82, 1871 Nr. 46, 78 [= Sammlung IV. Nr. 1773, V. Nr. 2463, VII. Nr. 3366, V. Nr. 2373, 2354, VIII. Nr. 3870, VII. Nr. 3621, IX. Nr. 4256], den Schätzungs-, Feilbietungs- und Meistbotvertheilungskosten das Vorrecht vor allen Gläubigern (dagegen Entsch. G.-H. 1864 Nr. 35 [= Sammlung IV. Nr. 1750] nur gleiches Recht mit dem Pfandcapital). Zu diesen Kosten gehören nicht nur die Commissionskosten, sondern auch jene für die Einschreitungen und das Edict (Entsch. G.-H. 1867 Nr. 10 (= G.-Z. 1866 Nr. 31 [= Sammlung V. Nr. 2395]), keineswegs aber auch die Kosten für eine gleichzeitig geführte Mobiliarexecution (Entsch. G.-Z. 1866 Nr. 94 [= Sammlung V. Nr. 2385]). Die Verwahrungsgebühr der gerichtlich deponirten Meistbotsumme hat gleiches Vorrecht mit dem Capital (Entsch. G.-Z. 1866 Nr. 65 [= Sammlung V. Nr. 2535]). — Vgl. aber auch Turnes G.-Z. 1865 Nr. 39 und Blaschke G.-H. 1865 Nr. 40.

1) Kopezky Der Wohnungsbestandvertrag, Wien 1841, Chrudimsky Das gesetzliche Pfandrecht des Bestandgebers, Prag 1844, Erb Ueber das gesetzliche Pfandrecht des Bestandgebers, Wien 1833, Vangerow I. S. 947, 967—970.

2) §. 1101 spricht nur vom Vermiether „einer Wohnung"; mit Recht wird aber dieser Ausdruck von Zeiller, Ellinger, Erb u. A. auf Gebäude überhaupt bezogen, also auch auf den Fall der Vermiethung von Stallungen, Kellern, Magazinen, gleichviel ob sie als Bestandtheile einer Wohnung oder separat vermiethet sind. Auch das röm. Recht spricht schlechtweg von einem praedium urbanum, und ebenso allgemein drücken sich das französ. G.-B. und das A. L.-R. aus. Dafür auch eingehend Nagel G.-Z. 1861 Nr. 56: dagegen freilich Chrudimsky a. a. O. S. 33 fg. und Entsch. G.-H. 1857 Nr. 6 (= Peitler 2. Aufl. Nr. 913); vgl. aber Entsch. G.-Z. 1867 Nr. 62 [= Sammlung VI. Nr. 2805].

einem Dritten anvertrauten[3]) Einrichtungsstücken und Fahrnissen[4]) — der Verpachter an dem Vieh, den Wirthschaftsgeräthschaften und den Früchten[5]), und zwar von dem Momente der Einbringung dieser Sachen auf das Bestandobject[6]), bezw. vom Moment der Absonderung der Früchte.[7]) Doch besteht dieses Pfandrecht nur zur Sicherstellung des Mieth- oder Pachtzinses[8]) und ist, wenn auch durch die Einbringung entstehend, was seine Fortdauer anbelangt, an die Bedingung gebunden, daß seine Objecte noch zur Zeit der Anstellung der Zinsklage[9]) auf dem Bestandgute befindlich seien[10]) (§. 1101). Ist dieser Bedingung genügt, so gilt das Pfandrecht als erworben durch die (ursprüngliche) Illation, und geht dann auch jenen Pfandgläubigern vor, welche erst nach der Illation, wenn auch vor der Anstellung der Zinsklage, ein Pfandrecht an den eingebrachten Gegenständen erworben haben[11]) (Hofd. v. 10. April 1837

---

3) Also wieder ein Fall, wo fremde Sachen ohne Einwilligung ihres Eigenthümers vom Pfandrecht bestrickt werden. Als dem Miether anvertraut erscheinen auch die seiner Frau gehörigen Einrichtungsstücke und Fahrnisse, weil er das Haupt der Familie und Verwalter des ganzen Hauswesens ist. Entsch. G.-Z. 1870 Nr. 69, 1871 Nr. 56 [= Sammlung VII. Nr. 3576, IX. Nr. 4069]. — Im Uebrigen s. unten Note 23 fg.

4) D. i. körperliche, bewegliche Sachen (Helm Ztschr. f. R. und St. 1828 II. S. 264), auch Inhaberpapiere (Kopezky a. a. O., Winiwarter IV. S. 305, dagegen Stubenrauch III. S. 290), nicht auch Bargeld, da dieses den Fahrnissen entgegengesetzt zu werden pflegt. [So das Prager Heft.] Chrudimsky a. a. O. will das Gesetz nur von den zum Gebrauche der Wohnung dienenden Fahrnissen verstanden wissen. Ausgenommen von diesem Pfandrecht sind jene Gegenstände, welche nach §. 340 A.-G.-O. dem Pfandrecht entzogen sind, wie die zum Gewerbsbetriebe nothwendigen Werkzeuge und Geräthschaften. Entsch. G.-Z. 1874 Nr. 11 [= Spr.-Rep. Nr. 67 = Sammlung XII. Nr. 5217]. Dagegen Entsch. G.-H. 1871 Nr. 64 [= Sammlung IX. Nr. 4212].

5) Auf andere Gegenstände bezieht sich bei Pachtungen das Pfandrecht nicht, selbst wenn mit dem Pachtgut eine Wohnung in Verbindung stände. Zeiller ad §. 1101 Nr. 8.

6) Darum spricht man von einem Pfandrecht an den Invecten und Illaten.

7) So auch Zeiller ad §. 1101 Nr. 8, Rechtslex. VII. S. 787, Entsch. G.-H. 1866 Nr. 10 [= Sammlung V. Nr. 2331]. Für nicht nothwendig erachtet die Absonderung Weiske G.-Z. 1853 Nr. 44, 47, 48.

8) Nicht auch für andere, aus dem Bestandvertrag entspringende Forderungen (wie z. B. nach röm. Recht L. 2. D. 20. 2, und nach Cod. civ. Art. 2102), wohl aber auch für die Kosten der Hereinbringung. Entsch. G.-H. 1870 Nr. 61 [= Sammlung VIII. Nr. 3825].

9) Mittlerweiliges Wegbringen, wofern nur die Objecte zur Zeit der Zinsklage wieder eingebracht sind, schadet dem Pfandrechte nicht; wohl aber wird es zerstört durch definitives Wegbringen, z. B. Veräußerung derselben. Vgl. noch unten Note 12 und Text bei Note 14 fg., 26, 27.

10) Zur Geltendmachung der Priorität ist vorausgegangene Einklagung nicht wesentlich; wenn also ein anderer Gläubiger des Bestandnehmers auf die Illaten Execution führt, was ihm ohne weiteres freisteht, so kann der Bestandgeber sein Vorzugsrecht auch ohne vorläufige Klage zur Geltung bringen. Entsch. G.-Z. 1867 Nr. 104, dagegen Entsch. G.-H. 1869 Nr. 24; vgl. auch Entsch. G.-Z. 1870 Nr. 26 [= Sammlung VI. Nr. 2909, 3198, Schimkowsky II. Nr. 920 (und 1203)].

11) Entsch. G.-Z. 1857 Nr. 8 (= G.-Z. 1858 Nr. 120), 1871 Nr. 46, G.-H. 1870 Nr. 61 (abweichend jedoch Entsch. G.-Z. 1856 Nr. 111 [= Sammlung I. Nr. 236, VII. Nr. 3621, VIII. Nr. 3825,

Nr. 189, Anhang Nr. 67).[12]) Um den Beweis der Erfüllung dieser Bedingung zu ermöglichen, gestattet das Gesetz, unter Einem mit der Anstellung der Zinsklage die gerichtliche Beschreibung der auf dem Bestandobject vorhandenen Illaten zu verlangen (Hofd. v. 3. Nov. 1819 Nr. 1621 J.-G.-S., Anhang Nr. 66); diese gerichtliche Beschreibung hat also nicht die Bedeutung einer gerichtlichen Pfändung (da das Pfandrecht schon besteht), sondern sie soll nur authentisch documentiren, daß und welche Pfandobjecte noch zur Zeit der Klage in der Wohnung oder auf dem Pachtgute vorhanden waren (Hofd. v. 13. April 1826, Wessely I. Nr. 1095).[13]) Rücksichtlich jener Illaten, welche sich zur Zeit der Klage nicht mehr auf dem Bestandobjecte befinden, ist das Pfandrecht als niemals entstanden anzusehen.[14]) Wegbringung seiner Illaten steht dem Bestandnehmer zu jeder Zeit frei, und ein Retentionsrecht in Ansehung derselben kann vom Zinsgläubiger, mag er die Klage eingebracht haben oder nicht, nicht ausgeübt werden[15]) (§. 471); es steht ihm aber im Falle bescheinigter Ge-

---

Peitler 1. Aufl. Nr. 214]. Spätere Pfandgläubiger können daher gegen den Willen des Bestandgebers nicht einmal die executive Transferirung verlangen Entsch. G.-Z. 1857 Nr. 87 [= Sammlung I. Nr. 285].

12) Ob zur Zeit der Einbringung eine Bestandzinsforderung existirte oder nicht (z. B. die fällige Rate ist bereits berichtigt, die nächste noch nicht fällig oder vielleicht wegen Ungewißheit der Fortsetzung des Bestandverhältnisses noch ganz ungewiß) ist gleichgiltig; §. 1101 normirt eben nur die Priorität. — Auch steht in der Praxis fest, daß, wenn die Invecten und Illaten von anderen Gläubigern in Execution gezogen und gerichtlich veräußert, also auch vom Bestandobject weggebracht worden sind, der Bestandgeber an dem Erlös das ihm zustehende Vorzugsrecht üben kann, weil der durch executive Veräußerung erzielte Erlös an die Stelle der veräußerten Sache tritt, und daher das Pfandrecht nunmehr auf den Erlös übertragen wird. Vgl. Entsch. G.-H. 1868 Nr. 26 (= G.-Z. 1868 Nr. 32), G.-Z. 1874 Nr. 29 [= Sammlung VI. Nr. 2985, XII. Nr. 5259].

13) Entsch. G.-Z. 1854 Nr. 69, dagegen Entsch. G.-H. 1869 Nr. 24 [= Sammlung I. Nr. 4, VI. Nr. 3198]. — Darum ist diese Beschreibung auch gegenüber der Concursmasse des Bestandnehmers zulässig: Entsch. im Jurist I. S. 51—60, G.-Z. 1854 Nr. 69, 1860 Nr. 141, 1869 Nr. 11 (= G.-H. 1869 Nr. 16) [= Peitler 2. Aufl. Nr. 924, Sammlung I. Nr. 4, II. Nr. 541, Schimkowsky I. Nr. 188].

14) Entsch. G.-H. 1860 Nr. 14, G.-Z. 1861 Nr. 33, G.-H. 1867 Nr. 28, 76 [= Sammlung III. Nr. 1046, 1153, V. Nr. 2679, VI. Nr. 2755]. Wie, wenn Jemand ein Gebäude wiederholt bezieht, und zur Zeit der zweiten Miethe noch Zinsrückstände aus der ersten schuldet? Entsch. G.-H. 1861 Nr. 7 [= Sammlung II. Nr. 732] läßt, schwerlich mit Grund, hier das Pfandrecht wieder aufleben.

15) Nach röm. Recht hat der Locator, wenn er noch Forderungen hat, ein Retentionsrecht; hält er aber am Ende der Miethzeit ohne diese Voraussetzung die Invecta und Illata zurück, so hat der conductor das interdictum de migrando. Auch für das östr. Recht behauptet Chrudimsky S. 50 ein Retentionsrecht des Bestandgebers; ebenso Entsch. G.-H. 1861 Nr. 7 [= Sammlung II. Nr. 732]; vgl. dagegen Vesque v. Püttlingen Ztschr. f. R. u. St. 1839 I. S. 240 fg. Entscheidend ist der Umstand, daß das Pfandrecht des §. 1101 kein Faustpfandrecht ist; danach kommt §. 471 zur Anwendung. — Vgl. auch Entsch. G.-Z. 1872 Nr. 51 [= Sammlung X. Nr. 4497]: Läßt der Vermiether nach erfolgter Einklagung des Miethzinses die Uebertragung der Fahrnisse in die spätere Wohnung des Miethers zu, so begibt er sich damit seines Rechtes, und es entsteht das Pfandrecht des neuen Vermiethers.

fahr[16]) das Recht zu, die Sequestration der Pfandobjecte zu verlangen (A. G.-O. §. 293, Hofd. v. 31. Oct. 1800 Nr. 512 J.-G.-S.).[17])

Das Pfandrecht des §. 1101 kommt auch dem Bestandnehmer gegenüber dem Aftermiether und Afterpachter zu guten, da er ihnen gegenüber als Bestandgeber (Vermiether, Verpachter) erscheint; ihre Illaten haften sowohl dem Hauptbestandgeber, als dem Unterbestandgeber[18]); das Pfandrecht des Ersteren ist aber rücksichtlich der Invecten und Illaten des Aftermiethers nur ein Afterpfandrecht an dem dem Unterbestandgeber zustehenden Pfandrechte.[19]) Darum haftet der Aftermiether auch nur bis zum Betrage seiner Zinsschuld[20]), und kann daher dem Kläger alle Einwendungen entgegensetzen, welche er unmittelbar seinem Gläubiger hätte entgegensetzen können, jedoch mit Ausnahme der Einwendung der Vorauszahlung, d. i. der Zahlung für eine Zeit, für welche die Forderung des Hauptvermiethers gegen den Untervermiether noch nicht fällig war.[21]) Gegenüber dem Afterpachter ist das Recht des Hauptverpachters nicht in gleicher Weise beschränkt (§. 1101).[22])

Die dem Miether oder Aftermiether[23]) „von einem Dritten anver-

16) Jud.-B. Nr. 77 (G.-Z. 1872 Nr. 88 [= Sammlung X. Nr. 4713]) läßt die Sequestration zu auch ohne Nachweis einer Gefahr und ohne Cautionserlag.

17) Das Recht der Sequestration kann insbesondere auch in Betreff der dem Verpachter haftenden stehenden Früchte ausgeübt werden, da sie vor der Separation nicht Pfandobject sein können. So auch Entsch. G.-H. 1870 Nr. 91 [= Sammlung VIII. Nr. 3932], nur daß in derselben Pfandrecht an den stehenden Früchten angenommen wird. — Die Sequestration ist auch nach Eröffnung des Concurses noch zulässig: Entsch. G.-Z. 1871 Nr. 6 [= Sammlung VIII. Nr. 3970].

18) Entsch. G.-Z. 1855 Nr. 69, Jud.-B. Nr. 23 (G.-Z. 1872 Nr. 73) [= Peitler 2. Aufl. Nr. 918, 919, Manz'sche Sammlung I. S. 25]; Stubenrauch III. S. 289, a. A. Ellinger ad §. 1101.

19) Puchta Pand. §. 201, im Rechtslex. VII. S. 794, Heimbach ebda. VIII. S. 32 und vgl. die ebda. VII. S. 794 Note 294 Citt. — Der Aftermiether haftet also dem Hauptbestandgeber nicht persönlich, sondern nur mit den Fahrnissen; danach muß denn auch das Klagbegehren eingerichtet sein. Entsch. G.-Z. 1853 Nr. 75, G.-H. 1864 Nr. 2, 1869 Nr. 39, dagegen Entsch. G.-Z. 1870 Nr. 68 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 912, Sammlung IV. Nr. 1788, Schimkowsky I. Nr. 186, II. Nr. 921].

20) Dies der Sinn der Worte: „nach Maß seines Miethzinses". So auch Cod. civ. Art. 1753 und das röm. Recht.

21) Bestände diese Ausnahme nicht, so könnte das Recht des Hauptvermiethers ganz eludirt werden. Vgl. überhaupt Kopezky a. a. O. und Entsch. G.-H. 1864 Nr. 2 [= Sammlung IV. Nr. 1788]. Unverständlich die mit Berufung auf Scheidlein Miethvertrag S. 64 vorgebrachten Bemerkungen von Stubenrauch III. S. 290. Der Cod. civ. Art. 1753 schließt von dem Begriffe der Vorauszahlung den Fall aus, wo der Aftermiether entweder kraft Ortsgebrauchs oder kraft getroffener Verabredung in voraus gezahlt hat.

22) D. h. der Afterpachter haftet ohne Rücksicht auf den Betrag seiner Pachtzinsschuldigkeit. Uebereinstimmend Zeiller §. 1101 Nr. 10, Stubenrauch III. S. 292, Cod. civ. Art. 1753 vgl. mit 1766, 2102 und das röm. Recht (Rechtslex. VII. S. 795).

23) Daß der gleiche Rechtssatz auch auf Vieh und Wirthschaftsgeräthschaften zu Gunsten des Verpachters anwendbar ist, wurde anerkannt in Entsch. G.-Z. 1858 Nr. 47 (= Jud.-B. Nr. 24, G.-Z. 1872 Nr. 73) [= Sammlung II. Nr. 498].

trauten", also ihnen nicht eigenthümlichen Sachen sind dem Vermiether oder Verpachter nur unter den Bedingungen des §. 367 verhaftet, d. h. wenn dieser allen Grund hatte, sie für Eigenthum des Bestandnehmers oder Afterbestandnehmers zu halten.[24]) Weiß er dagegen oder kann er aus den Umständen vermuthen, daß diese Gegenstände dem Bestandnehmer nicht gehören, so wird er das Pfandrecht nicht geltend machen können.

Aus dem nämlichen Grunde muß eine ähnliche Unterscheidung auch in dem Falle gemacht werden, wenn ein Miether[25]), der mit der Zahlung seines Zinses noch im Rückstande ist, eine andere Wohnung bezogen hat. Wurden seine Fahrnisse und Einrichtungsstücke in die neue Wohnung gebracht, ohne daß dem neuen Vermiether bekannt war, daß an denselben das gesetzliche Pfandrecht des älteren Vermiethers[26]) hafte, so muß dieses ältere dem nun begründeten jüngeren Pfandrechte nachstehen[27]); weiß hingegen der spätere Vermiether von der Existenz dieser Pfandrechte, dann steht sein Pfandrecht dem älteren nach.

§. 277. Entstehung des Pfandrechts durch Intabulation.

Wie andere dingliche Rechte, so wird auch das Pfandrecht an unbeweglichen Sachen in der Regel nur durch Intabulation, d. i. durch die Eintragung der den Pfandrechtstitel ausweisenden, mit den erforderlichen Förmlichkeiten versehenen Urkunde in das dazu bestimmte öffentliche Buch erworben (§. 451 b. G.-B., §§. 4, 9 G.-B.-G.). Eine vertragsmäßige, letztwillige oder richterliche Pfandbestellung, oder die vom Gesetze auferlegte Verpflichtung zur Sicherstellung geben nur einen sog. Rechtstitel (§. 449), daher selbst die im Executionswege vom Richter verfügte Pfändung eines unbeweglichen Gutes erst durch die Intabulation dieser Verfügung zum Pfandrecht verhilft (§. 320 A. G.-O.). Das Princip, wonach an unbeweglichen Sachen ein Pfandrecht nicht anders als durch Ersichtlichmachung in den Jedermann zur Einsicht offenstehenden öffentlichen Büchern erworben werden kann[1]), nennt man das **Publicitätsprincip** des Hypothekenrechtes. Wo ordentliche Grundbücher zur Erwerbung des Grundeigenthums bestehen, erfolgt auch die Pfandrechtsintabulation durch

---

24) **Zeiller** §. 1101 Nr. 4, **Nippel** VII. S. 259, **Stubenrauch** III. S. 290, **Kopezky** a. a. O. Entsch. G.-Z. 1854 Nr. 84 [= **Peitler** 2. Aufl. Nr. 916]: dagegen die Entsch. 1. und 2. Instanz in G.-H. 1859 Nr. 3 [= **Peitler** Nr. 917] und **Chrudimsky** a. a. O.

25) Das Nämliche gilt auch vom Pachter.

26) Ebenso auch, wenn es sich um ein älteres Pfandrecht an diesen Sachen handelt, das nicht durch Einbringung auf das Bestandobject, sondern auf andere Weise (gerichtliche Pfändung) entstanden war.

27) Entsch. G.-Z. 1860 Nr. 26 (= G.-H. 1860 Nr. 9), 1865 Nr. 35 (= G.-H. 1865 Nr. 76); dagegen Entsch. G.-H. 1867 Nr. 49; vgl. auch Entsch. G.-H. 1868 Nr. 56 [= Sammlung II. Nr. 936, V. Nr. 2079, VI. Nr. 2787, 3019]. Muß sogar das fremde, an den anvertrauten Sachen bestehende Eigenthumsrecht dem Pfandrecht des Vermiethers nachstehen, so muß umsomehr auch das früher begründete Pfandrecht eines anderen Gläubigers zurückstehen.

1) Kraft dessen namentlich die ipso jure entstehenden gesetzlichen oder stillschweigenden Hypothekarrechte beseitiget sind.

Ersichtlichmachung in der jedem einzelnen Grundstück speciell gewidmeten Einlage, und zwar in der sog. Lastenrubrik, und es kann das Pfandrecht entweder auf den ganzen Grundbuchskörper oder bei vorhandenem Miteigenthum auf den Antheil eines jeden Miteigenthümers, niemals aber auf einzelne Bestandtheile des Grundbuchskörpers oder auf Theile der Antheile eingetragen werden (§. 13 G.-B.-G.); eine Intabulation auf eine Gesammtheit von Hypotheken oder auf ein ganzes Vermögen wird nicht zugelassen (§§. 451, 445, 435). Diesen Grundsatz nennt man das Specialitätsprincip des Hypothekenrechts[2]); im östr. Recht liegt dasselbe allerdings auch dem Mobilarpfandrecht zu Grunde.

Um die Intabulation des Pfandrechts zu erlangen, ist vor Allem nothwendig, daß derjenige, von dem man es ableitet[4]), als Eigenthümer des betreffenden Grundstücks in dem öffentlichen Buche eingetragen sei (§§. 432, 442, 445 b. G.-B., §. 21 G.-B.-G.). In gewissem Sinne besteht eine Ausnahme von dieser Regel in dem Falle der Intabulation der Steuer- und Gebührenrückstände, deren Intabulation zulässig ist, auch wenn derjenige, der die Gebühr schuldig geworden ist, nicht mehr als Eigenthümer im Grundbuche steht; allein diese Schuldigkeiten haften ipso jure auf dem betreffenden Grundstücke, und so erfolgt die Intabulation nicht eigentlich zum Zwecke der Erwerbung eines Pfandrechts, sondern zur Ersichtlichmachung der bereits bestehenden Haftung und zur Verhinderung der Vorzugsverjährung.[5]) Eine zweite (wirkliche) Ausnahme enthält §. 822 b. G.-B., der die Pfändung des dem Erben angefallenen Erbgutes zu Gunsten seiner Gläubiger zuläßt, und zwar mit Wirksamkeit der Intabulation vom Tage der Einantwortung, trotzdem der Erbe durch diese noch nicht, sondern erst durch seine Umschreibung (§. 819) das Eigenthum erlangt.

Bei vertragsmäßiger Pfandbestellung ist ferner die Vorlage einer Tabularurkunde erforderlich, d. i. einer Urkunde, welche nicht nur über die Pfandrechtsbestellung einen vollen Beweis liefert, sondern auch mit den gesetzlich vorgeschriebenen Solennitäten versehen ist. Sie muß vor Allem eine vollglaubwürdige Schuldurkunde sein[6]); sie muß ferner das als Hypothek bestellte Grundstück genau bezeichnen, und die Bewilligung, daß

---

2) Ueber beide Principien vgl. Gerber §. 151, Walter §. 141, Mittermaier §. 262, Brackenhoeft Rechtslex. V. S. 377. Das französische Hypothekensystem entbehrt beider. Mittermaier a. a. O.

3) Damit sind die dem Realcredit verderblichen Generalhypotheken mit ihrem das Gesammtvermögen des Schuldners ipso jure ergreifenden Pfandrecht vermieden.

4) Derjenige, gegen den man den Pfandrechtstitel hat.

5) Diese Ansprüche des Staates haben einen Vorzug vor allen Gläubigern nur für einen dreijährigen Zeitraum; die Intabulation erfolgt also, damit dem Rückstand, auch wenn er ein mehr als dreijähriger werden sollte, gleichwohl die bücherliche Rangordnung bleibe. Vgl. §. 72 Gebührenges., Fin.-M.-E. vom 24. December 1859 Nr. 236 R.-G.-B. Entsch. G.-Z. 1871 Nr. 75; anders Entsch. G.-Z. 1859 Nr. 13, G.-H. 1859 Nr. 47; vgl. auch Entsch. G.-Z. 1857 Nr. 85 [= Sammlung IX. Nr. 4120 II. Nr. 595, 780, Peitler 2. Aufl. Nr. 206].

6) Denn es gibt kein Pfandrecht ohne Forderung.

die Pfandrechtsintabulation auf demselben erfolge (die sog. Intabulationsclausel) enthalten; endlich muß sie vom Schuldner und Pfandbesteller unterfertigt und muß legalisirt sein (§§. 26, 31 G.-B.-G., vgl. §§. 434, 435, 445, 451 b. G.-B.). Der Mitunterfertigung des Gläubigers bedarf es nicht, da die (legalisirte) Unterfertigung des Schuldners für sich vollen Beweis bildet (§. 26 G.-B.-G.). Gründet sich der Pfandrechtstitel auf eine letztwillige Verfügung, so erfolgt die Intabulation entweder auf Grund einer vom Erben ausgestellten Privattabularurkunde oder einer von der Abhandlungsbehörde nach §. 178 des Gesetzes v. 9. Aug. 1854 ausgestellten Bestätigung, daß der Gläubiger intabulirt werden könne; gründet er sich auf einen gerichtlichen Vergleich[7]) oder Urtheil[8]) oder einen Executionsbescheid, auf einen behördlichen Zahlungsauftrag oder eine gerichtliche Meistbotsvertheilung, so erfolgt die Intabulation auf Grund dieser Urkunden (§. 33 G.-B.-G.); gründet er sich auf eine blos mündliche Pfandzusicherung oder auf das Gesetz (z. B. §§. 343, 1364, 1365), so muß, wenn der Verpflichtete nicht freiwillig eine intabulationsfähige Urkunde ausstellt, gegen ihn ein Urtheil und auf dessen Grundlage die Intabulation erwirkt werden (§§. 445, 446 b. G.-B., §. 304 A. G.-O.).

Nach §. 14 G.-B.-G.[9]) kann die Pfandrechtsintabulation nur für eine ziffermäßig bestimmte Geldsumme[10]) erfolgen. Sollen Forderungen, welche aus einem gegebenen Credit, übernommener Geschäftsführung, aus dem Titel der Gewährleistung oder des Schadenersatzes entstehen können, sichergestellt werden, so ist in der Urkunde ein Höchstbetrag, bis zu welchem der Credit oder die Haftung reichen soll, anzugeben.[11]) Fehlt die Angabe dieses Betrages in der Urkunde, so muß sie im Intabulationsgesuch ausgedrückt werden. Wird sie hier zu hoch angegeben, so steht dem Richter auf eine (innerhalb der Recursfrist anzubringende) Beschwerde des Gegners das Recht der billigen Festsetzung zu.

Auch die Pfandrechtsintabulation erfolgt nicht von Amtswegen, son-

---

7) Pl.-Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 71 [fehlt in den Sammlungen]: Ein gerichtlicher Vergleich kann, wenn er auch keine Intabulationsbewilligung enthält, auch außer dem Executionswege unbedingt einverleibt werden, weil er die im §. 453 b. G.-B. geforderte Rechtfertigung bereits enthält.

8) Pl.-Entsch. G.-Z. 1860 Nr. 21 [= Sammlung II. Nr. 901]: Ein Urtheil kann sogar wegen der dadurch zugesprochenen, noch nicht fälligen Leistungen (z. B. der Alimentationsraten für ein uneheliches Kind) executiv intabulirt werden.

9) Das frühere Recht verlangte nicht, daß die sicherzustellende Forderung in der Urkunde ziffermäßig angegeben sei. Die von Managetta Jurist IV. S. 448 fg. mitgetheilte Entscheidung [= Peitler 1. Aufl. Nr. 189] ließ selbst die Intabulation einer Urkunde zu, in welcher der Aussteller nur bekannte, verschiedene der Ziffer nach nicht bezeichnete Geldbeträge empfangen zu haben.

10) Allerdings aber auch für einen ziffermäßig bestimmten Theil der Forderungen, z. B. für 1000 fl. Wechselforderungen. Entsch. G.-Z. 1874 Nr. 22 [= Sammlung XII. Nr. 5293].

11) Eine spätere Intabulation des wirklich hervorgekommenen Ersatzbetrages c. s. c., etwa durch sog. Juxta-Anmerkung ist ganz überflüssig; die bloße Liquidirung des (die Cautionssumme nicht übersteigenden) Ersatzbetrages verleiht letzterem das Pfandrecht mit der Rangordnung vom Tage der geschehenen Eintragung. Entsch. G.-Z. 1858 Nr. 3 [= Sammlung I. Nr. 415].

dern nur auf Ansuchen des Gläubigers oder Schuldners und wieder nur, wenn speciell um die Intabulation zur Erwirkung des Pfandrechts angesucht wurde. In einem Falle bewirkt jedoch die Intabulation, obwohl sie zunächst zu einem anderen Zwecke geschehen ist, zugleich die pfandrechtliche Sicherstellung. Dies ist der Fall, wenn ein Bestandvertrag auf das betreffende Gut zum Zwecke seiner Wirksamkeit gegen den Singularnachfolger des Bestandgebers intabulirt wird (§. 1095 b. G.-B.). Diese Intabulation bewirkt unter Einem die Entstehung des Pfandrechts für alle Ersatzansprüche des Bestandnehmers wegen vorzeitiger Auflösung des Bestandvertrages durch executive Veräußerung des Bestandgutes, da die Intabulation den Bestandnehmer dagegen nicht schützt, dem executiven Käufer weichen zu müssen (§. 1121 b. G.-B.; vgl. §. 66[12]) der ung. G.-B.-O.). Einer ziffermäßigen Bewerthung dieses Schadenersatzanspruches bedarf es bei der Einverleibung von Bestandrechten nicht (§. 19 G.-B.-G.). — In derselben Weise wirkt auch die Intabulation einer Servitut.[13])

Besitzt der Gläubiger zwar eine glaubwürdige, aber nicht mit den zur Intabulation erforderlichen Förmlichkeiten versehene Schuldurkunde, so kann er sie zum Zwecke der bedingten Erwerbung des Pfandrechts pränotiren[14]) lassen; es steht ihm dann das Pfandrecht, wenn er die Pränotation gerechtfertigt hat[15])[16]). von allem Anfange an so zu, als ob er gleich Anfangs eine

---

12) Dieser Paragraph sagt ausdrücklich, daß das nach §. 1121 b. G.-B. in der Priorität der Vertragsintabulation erworbene Recht ein Pfandrecht ist.

13) Die Intabulation einer Servitut hindert so wenig wie die eines Bestandvertrages den executiven Verkauf des dienstbaren Grundstücks. Der Servitutsberechtigte ist aber in der Rangordnung, in welcher er intabulirt ist, berechtigt, Entschädigung aus dem Kaufpreise zu verlangen.

14) Vgl. darüber Exner Das Institut der Pfandrechtspränotation in Oesterreich. Wien 1868. Trotz der da S. 10, 11 gegebenen Ausführungen ist daran festzuhalten, daß die Lehre vom Titel (worunter Exner bald den Anspruch auf Erwerb des Pfandrechts, bald den Erwerb selbst versteht) und der Erwerbungsart für das österreichische Tabularrecht von der größten Wichtigkeit und Tragweite ist.

15) Die Rechtfertigung geschieht entweder durch die vom Schuldner ausgestellte formelle Erklärung, daß er die erwirkte Pränotation als gerechtfertigt anerkenne, oder indem der Pränotirte innerhalb 14 Tagen nach erfolgter Zustellung der Pränotationsbewilligung die Rechtfertigungsklage überreicht (§§. 438, 439 b. G.-B.). In dem Rechtfertigungsprocesse ist nicht nur die Richtigkeit der Forderung, sondern auch der Rechtsgrund zur Erwerbung des Pfandrechts und dessen Umfang darzuthun. Dem Geklagten steht frei, alle seine Einwendungen gegen den Bestand des bücherlichen Rechtes selbst dann anzubringen, wenn er gegen den Bescheid, wodurch die Vormerkung bewilligt wurde, den Recurs nicht oder ohne Erfolg ergriffen haben sollte. (G.-B.-G. §. 42.) — Die Stelle der Ueberreichung der Rechtfertigungsklage vertritt auch die Anmeldung bei der Vergleichsmasse (Entsch. G.-H. 1865 Nr 75 [= Sammlung V. Nr. 2177]. — Die Pränotation von Forderungen, die zum gerichtlichen Verfahren nicht geeignet sind, bedarf keiner Rechtfertigung (Hofd. v. 24. Oct. 1806 Nr. 789 J.-G.-S.).

16) Nach Pl.-Entsch. G.-Z. 1874 Nr. 55 (= Spr.-Rep. Nr. 72), vgl. auch Entsch. G.-Z. 1858 Nr. 9 (= Pl.-Entsch. G.-H. 1860 Nr. 24) [= Sammlung XII. Nr. 5401, I. Nr. 439], soll die Pfandrechtspränotation schon durch das rechtskräftige Zahlungsurtheil gerechtfertigt sein, auch wenn dieses einen besonderen Ausspruch über die Recht-

Intabulation erwirkt hätte, d. h. das Pfandrecht hat er erst von dem Momente der Eintragung[17]), seine Rangordnung richtet sich aber nach dem Momente des überreichten Pränotationsgesuches (§. 453).

Vor der Wirksamkeit des G.-B.-G. war es eine der bestrittensten Fragen, ob eine pränotationsfähige Urkunde schon jede glaubwürdige Schuldurkunde sei[18]), oder ob sie auch einen Beweis über den Pfandrechtstitel enthalten müsse.[19]) Die Streitfrage ist nunmehr durch §. 36

---

fertigung nicht enthält. Da ein solches Urtheil nur einen Ausspruch über die Richtigkeit der Forderung enthält, diese aber noch keinen Pfandrechtstitel, insbesondere keinen Pfandrechtstitel mit rückwirkender Kraft gewährt, so ist diese Entsch. mit den Principien des geltenden G.-B.-G. nicht zu vereinbaren.

17) Die Pränotation kann auch gerechtfertigt werden, wenn das Grundstück mittlerweile an einen Anderen übergegangen ist, und es wirkt die gegen den Schuldner erwirkte Rechtfertigung auch gegen seinen Rechtsnachfolger. Entsch. G.-H. 1869 Nr. 91, G.-Z. 1861 Nr. 103, 1864 Nr. 91 [= Schimkowsky I. Nr. 72 und IV. Nr. 462, Sammlung III. Nr. 1324, IV. Nr. 1845].

18) Dies war in Theorie und Praxis die vorwiegende Meinung. Vgl. Kopezky Ztschr. f. R. u. St. 1832 II. S. 141 fg., Kitka G.-Z. 1857 Nr. 117, Zeiller II. S. 261, Stubenrauch II. S. 48—51, Exner S. 8; Pl.-Entsch. G.-H. 1865 Nr. 96, G.-Z. 1857 Nr. 126, Entsch. G.-Z. 1853 Nr. 57, 1857 Nr. 35, 1863 Nr. 2 [= Peitler Wechselr-Entsch. Nr. 362, 86, 29, 92, Sammlung IV. Nr. 1582]. Sie stützte sich namentlich darauf, daß §. 453 b. G.-B. nur von einer Urkunde über die (Schuld-)Forderung und von einer Rechtfertigung dieser Forderung spricht. Da nun nach den vor der Einführung des b. G.-B. geltenden Gesetzen (Hofd. v. 15. März 1785 Nr. 397, 18. Nov. 1796 Nr. 324 J.-G.-S., böhm. Landt.-Pat. v. 1794 §. 10) die Vorlage einer glaubwürdigen Urkunde über die Schuldforderung ohne Nachweisung eines Pfandrechtstitels zur Pränotation des Pfandrechts genügte, so war es sehr wahrscheinlich, daß die Fassung des §. 453 absichtlich gewählt war, um das alte Recht zu bestätigen, und zwar umsomehr, als die Aufnahme eines besonderen Paragraphen über die Pfandrechtspränotation, wenn sie sich nach den Grundsätzen des §. 438 hätte regeln sollen, mit Rücksicht auf die §§. 445, 451 ganz überflüssig gewesen wäre, und sich in der That auch ein besonderer Paragraph über die Pränotation der Servituten im G.-B. nicht vorfindet. Diese herrschende Ansicht wurde auch im lomb.-venet. Pränotationsgesetz v. 2. April 1824 §. 6 ausdrücklich recipirt und findet weitere Stützen in den Hofd. v. 4. Sept. 1820 Nr. 1697 und 13. Juni 1828 Nr. 2346 J.-G.-S., sowie im west.-g. G.-B. II. §§. 236, 237 (Exner S. 8). — Die Behauptung (Nippel Ztschr. f. R. u. St. 1830 I. S. 119 fg., Wehli G.-H. 1869 Nr. 15), die zu pränotirende Forderung müsse fällig sein, ist schon von Zeiller und Kitka a. a. O. widerlegt. Vgl. außer den cit. Pl.-Entsch. noch Entsch. G.-Z. 1853 cit. 57, 1863 Nr. 2 (am Anfang dieser Note) 1852 Nr. 111, 1865 Nr. 79, 1869 Nr. 44, 74 [= Peitler 1. Aufl. Nr. 201, Sammlung V. Nr. 2247, Schimkowsky I. Nr. 601, 87]. Auch das Bestehen einer Gefahr ist nicht Voraussetzung der Pränotation. Exner S. 9. — Nur wenn der durch eine Pfandrechtsintabulation bereits gedeckte Gläubiger noch die Pränotation auf einem anderen Grundstück begehrte, verlangte die frühere Praxis (Sammlung I. Nr. 245, Entsch. G.-Z. 1859 Nr. 100, G.-H. 1859 Nr. 32, 1869 Nr. 91 [= Sammlung II. Nr. 963, Peitler 2. Aufl. Nr. 240, Schimkowsky I. Nr. 72, IV. Nr. 462] den Nachweis eines speciellen Pfandrechtstitels, davon ausgehend, daß sich der Gläubiger stillschweigend mit der bereits vorhandenen Sicherstellung zufrieden erklärt habe (arg. §. 458 b. G.-B.). Vgl. dagegen Grundr. §. 272 Note 4.

19) Da §. 438 zur Eigenthumspränotation eine Urkunde über den Eigen-

G.-B.-G.[20]) ausdrücklich im Sinne der letzteren (strengeren) Meinung entschieden.

Zur Pränotationsfähigkeit einer Urkunde gehört, daß sie die Existenz einer Schuldforderung ausreichend darthue[21]); darum können Urkunden über bedingte[22]) oder sonst ungewisse Forderungen[23]), obwohl es durchaus nicht ausgeschlossen ist, daß für derartige Forderungen ein Pfand giltig bestellt werde, gleichwohl nicht die Grundlage einer Pränotation bilden; die Existenz solcher Forderungen ist derzeit eben eine durchaus unsichere, und es vermöchte somit der Rechtfertigungsproceß seine Aufgabe (die Existenz der Forderung und ihres Betrages nachzuweisen) nicht zu lösen.[24]) Dagegen kann die Pränotation betagter Forderungen blos

---

thumstitel fordert, und nach §. 449 die bloße Schuldforderung noch keinen Pfandrechtstitel gibt, so war diese Ansicht die juristisch consequentere. Sie wurde vertreten von Nippel an dem in Note 18 a. O. (der den Ausdruck „Forderung" nur im ersten Satze des §. 453 von der Schuldforderung, im zweiten aber von der Pfandrechtsforderung verstand), von Benoni ebda. 1831 I. S. 139 fg., Hofbauer ebda. 1834 II. S. 324 fg., Winiwarter ebda. 1832 I. S. 22, Lekisch Jurist X. S. 341 fg.

20) „Die Vormerkung zur Erwirkung des Pfandrechts findet nur dann statt, wenn sowohl die Forderung als auch der Rechtsgrund zum Pfandrechte hinlänglich bescheinigt sind." In der Urkunde muß aber nicht wesentlich auch schon das Grundstück bestimmt bezeichnet sein, auf welches die Vormerkung vor sich gehen soll. Entsch. G.-Z. 1873 Nr. 104 [= Spr.-Rep. Nr. 64 = Sammlung XI. Nr. 5153].

21) Daher die Pränotationsunfähigkeit von Urkunden, welche die causa debendi nicht enthalten: Lekisch Jurist X. S. 342 fg.; a. A. Kitka G.-H. 1861 Nr. 6. Die Praxis (auch schon die ältere) läßt auch nur auf Grund von Urkunden über Geldforderungen Pränotation zu: Entsch. G.-Z. 1867 Nr. 99 (2. Entsch. [von denen die eine in den Sammlungen fehlt]) G.-H. 1868 Nr. 93 (= G.-Z. 1869 Nr. 2), G.-H. 1869 Nr. 73, G.-Z. 1870 Nr. 75 [= Riehl I. S. 462, Schimkowsky I. Nr. 60, 90, II. Nr. 828].

22) Pl.-Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 82, 1870 Nr. 60 [= Schimkowsky I. Nr. 73, II. Nr. 791]; dagegen Entsch. G.-Z. 1866 Nr. 61 und 1868 Nr. 70 [= Sammlung V. Nr. 2532, VI. Nr. 2763]; in Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 36, G.-H. 1869 Nr. 47, 1870 Nr. 6 [= Sammlung VII. Nr. 3251, Schimkowsky I. Nr. 76, 85 und II. Nr. 796] wurde sogar die Pränotation eines bedingten Urtheils verweigert. Vgl. Note 24.

23) S. Note 24. In Entsch. G.-Z. 1856 Nr. 141 [= Peitler 1. Aufl. Nr. 199] wurde die Pränotation des behördlichen Auftrags zu Bauherstellungen an einem Fruchtgenußgebäude bewilligt.

24) Entsch. G.-H. 1861 Nr. 8 [= Sammlung III. Nr. 1249]. Schon die Praxis der Zeit vor dem G.-B.-G. erklärte daher als nicht geeignete Grundlagen der Pränotation: a) Urkunden über bedingte Schenkungen (Entsch. G.-H. 1866 Nr. 64 [= Sammlung V. Nr. 2477]) oder über sonstige bedingte Forderungen (Entsch. G.-Z. 1866 Nr. 61 [= Sammlung V. Nr. 2538]; dagegen aber eine ebenda [= Sammlung V. Nr. 2532 (Note 22)] mitgetheilte Entsch.; b) Kaufvertrags-Urkunden zur Sicherstellung des allfälligen Evictionsanspruches (Kitka G.-H. 1859 Nr. 31) oder des Ersatzanspruches wegen unterlassener Löschung von Lasten, mag sie vom Verkäufer (Entsch. G.-Z. 1860 Nr. 145 [= Sammlung III. Nr. 1204]), oder vom Käufer (Entsch. G.-H. 1865 Nr. 11 [= Sammlung IV. Nr. 2033] versprochen worden sein; c) Pachtvertrags-Urkunden zur Sicherstellung noch nicht fälliger Pachtzinsraten, wo die Fortdauer des Pachtverhältnisses noch ungewiß ist (Entsch. G.-Z. 1856 Nr. 111 [= Peitler 1. Aufl. Nr. 214]), oder des Anspruchs auf allfällige Rückzahlung einer Anticipativzahlung (Entsch. G.-H. 1859 Nr. 21 [= Sammlung II. Nr. 1034]), oder auf

aus dem Grunde, weil die Zahlungszeit noch nicht gekommen ist, nicht verweigert werden.[25])

Die Urkunde, auf Grund deren die Pränotation bewilligt werden soll, muß eine solche sein, welche nach den Bestimmungen der G.-O. die Grundlage eines Beweises bilden kann. Das ältere Recht ließ sie nicht nur zu auf Grund gewöhnlicher Privatschuldurkunden und öffentlicher Urkunden sehr verschiedener Art[26]), sondern auch auf Grund der einen halben Beweis bildenden Handelsbücher[27]), nicht auch auf Grund schriftlicher Privatzeugnisse oder Eidesanerbietungen (Hofd. v. 21. Juli 1797 Nr. 360 J.-G.-S.). In dem G.-B.-G. §. 38 sind als pränotationsfähige Urkunden insbesondere erklärt:

a) noch nicht rechtskräftige gerichtliche Erkenntnisse, durch welche das dingliche Recht unbedingt zugesprochen wird;

b) gerichtliche Bewilligungen der Pränotation als Execution zur Sicherstellung[28]):

Ersatz wegen Deteriorationen (Kitka G.-H. 1859 Nr. 31), oder zur Sicherstellung der Rechte des Pachters (Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 17 [= Riehl I. S. 475]); d) Advocatenvollmachten zum Zwecke der Sicherstellung der Expensenforderung (Entsch. G.-Z. 1858 Nr. 143, G.-H. 1861 Nr. 44, 1868 Nr. 52, 1870 Nr. 14 [= Sammlung II. Nr. 629, III. Nr. 1113; die zwei letztcitirten Fälle fehlen in den Sammlungen]), oder des nach §. 1014 dem Advocaten gebührenden Vorschusses (Kitka a. a. O.); e) Gesellschaftsvertrags-Urkunden zur Sicherstellung der aus dem Societätsverhältniß hervorgehenden Ersatzforderung (Entsch. G.-H. 1865 Nr. 71 [= Riehl I. S. 477]); f) Cessionsurkunden zur Sicherstellung des Regreßanspruches (Entsch. G.-Z. 1866 Nr. 47 [= Sammlung V. Nr. 2422]); g) Wechsel, vor Eintritt des Verfalltages, zur Sicherstellung des Regreßrechtes gegen die Vormänner (ausgenommen die Fälle der Art. 25 und 29 W.-O.) (Pl.-Entsch. G.-Z. 1857 Nr. 126, G.-H. 1859 Nr. 25 [= Peitler Wechselr. Entsch. Nr. 86, 159]), oder zur Sicherstellung der Zinsen und sonstiger Nebengebühren (Entsch. G.-Z. 1864 Nr. 80, G.-Z. 1866 Nr. 14 [= Sammlung IV. Nr. 1892, V. Nr. 2187]); h) Schlußzettel zur Sicherstellung der Forderungen aus einem Differenzgeschäft (Entsch. G.-Z. 1865 Nr. 25 [= Sammlung IV. Nr. 1861]); i) Strafurtheile, in denen die Entschädigungsansprüche auf den Civilrechtsweg gewiesen sind (Entsch. G.-Z. 1856 Nr. 111, G.-H. 1870 Nr. 46 [= Peitler 1. Aufl. Nr. 222, Schimkowsky II. Nr. 806); k) Trauscheine zur Sicherstellung ehegüterrechtlicher Ansprüche (Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 13 [= Schimkowsky I. Nr. 67]).

25) Entsch. G.-Z. 1863 Nr. 2 [= Sammlung IV. Nr. 1582] (Urtheil mit nicht fälligen Zahlungsraten), Kitka G.-Z. 1857 Nr. 117 [= Peitler 1. Aufl. Nr. 200]; dagegen Entsch. G.-Z. 1855 Nr. 20 [= Peitler 1. Aufl. Nr. 207].

26) Daß die Urkunde angerissen war, stand nicht im Wege (Kitka G.-H. 1861 Nr. 6); genügend auch vidimirte behördliche Abschriften von Strafurtheilen (Jurist V. S. 347); auch vidimirte Abschriften oder Grundbuchsextracte, wenn die Urkunde bereits intabulirt war (Entsch. G.-H. 1857 Nr. 25, G.-Z. 1857 Nr. 39 [= Sammlung I. Nr. 237, 260]); sonst ein Grundbuchsextract nicht ausreichend (Entsch. G.-H. 1862 Nr. 29 [= Riehl I. S. 381, 411]. — Vgl. noch die bes. zu Gunsten des Aerars im Hofd. v. 18. Sept. 1786 Nr. 577 lit. c getroffenen Bestimmungen; dazu Entsch. G.-Z. 1870 Nr. 69, 1871 Nr. 1 [= Schimkowsky II. Nr. 786, Sammlung VIII. Nr. 3920].

27) Jedoch nicht nach Ablauf von 1 Jahr und 6 Wochen. Weichsel Ztschr. f. R. u. St. 1840 II. S. 160 fg., Lekisch Jurist X. S. 341 fg.

28) Auch ein blos eine Geldzahlung zusprechendes, noch nicht rechtskräftiges Urtheil kann pränotirt werden, weil dies ein Fall der Execution zur Sicherstellung ist (Entsch. G.-Z. 1874 Nr. 15 [= Sammlung XI. Nr. 5208]).

c) behördliche Einschreitungen um pfandweise Sicherstellung von Ansprüchen des Staatsschatzes oder einzelner Fonde oder von Ersatzansprüchen aus der Verwaltung von unter gerichtlicher Obsorge befindlichen Vermögenschaften.[29])

Besonderes gilt in den eben bezeichneten Fällen von der Rechtfertigung der Pränotation. Sie erfolgt in den Fällen sub a) durch den bloßen Ausweis über den Eintritt der Executionsfähigkeit des vorgemerkten gerichtlichen Erkenntnisses, in den Fällen sub b) und c) durch das rechtskräftige Erkenntniß der zuständigen (Gerichts- oder Verwaltungs-) Behörde, welche über den Bestand des sichergestellten Anspruchs zu entscheiden hat (G.-B.-G. §. 41 lit. b).

Handelsbuchauszüge sind ohne Nachweisung eines besonderen Pfandrechtstitels nach dem jetzt geltenden G.-B.-G. nicht mehr pränotirbar.[30])

Haben mehrere Gläubiger einen Pfandrechtstitel auf dasselbe Grundstück, so erfolgt die Intabulation zu Gunsten derselben nach der Reihenfolge der Einbringung ihrer Gesuche (§§. 440, 445 b. G.-B.); bei gleichzeitig überreichten Gesuchen muß die Thatsache der gleichzeitigen Ueberreichung sowohl auf den Gesuchen als im öffentlichen Buche angemerkt werden. Die durch die entsprechenden Eintragungen erworbenen Rechte stehen sodann in gleicher Rangordnung (G.-B.-G. §. 29).

Ist das Geschäft, auf Grund dessen die Eintragung des Pfandrechtes stattfand, wegen Abgangs wesentlicher Erfordernisse nichtig, oder erfolgte die Eintragung gegen einen Tabularbesitzer, der nicht Eigenthümer der hypothecirten Sache war, so gewährt die Eintragung — mit Ausnahme des Falles des §. 63 G.-B.-G. (Erwerb im Vertrauen auf das öffentliche Buch) — kein Pfandrecht; der in seinem Rechte Gekränkte kann auf Löschung klagen, und durch Erwirkung der Streitanmerkung weiteren ihm nachtheiligen Intabulationen oder Pränotationen vorbeugen (§§. 61, 65 G.-B.-G.). Doch kann die ungiltige Eintragung, wenn die Erfordernisse der Verschweigung eintreten, zum wirklichen Pfandrecht convalesciren.[31])

---

29) Auch im Falle des gerichtlichen Erlages des Betrages einer Hypothekarschuld durch den Schuldner nach §. 1425 oder durch einen Dritten, dem der Gläubiger nach §. 1422 b. G.-B. seine Rechte abzutreten hat, ist die Pränotation zum Zwecke der Löschung oder der Uebertragung der Forderung auf Grund der beigebrachten Amtsurkunde über den gerichtlichen Erlag zulässig. G.-B.-G. §. 39.

30) So Spr.-Rep. Nr. 25 in G.-Z. 1872 Nr. 95 [= Samml. X. Nr. 4753]. Im §. 38 G.-B.-G. sind sie nicht genannt; sie weisen nur die Forderung, nicht auch den Pfandrechtstitel nach (§. 36 ebda.) und genügen auch nicht dem im §. 27 a. E. (ebda.) aufgestellten Erforderniß, denn in dem Buchauszug sind zwar die einzelnen Posten datirt, nicht aber ist es auch die Urkunde als solche.

31) Etwas Besonderes enthält §. 1443 b. G.-B. Wird eine durch das Gegenüberstehen einer compensablen Gegenforderung entkräftete Forderung intabulirt, so hat der so eingetragene Gläubiger nach allgemeinen Grundsätzen kein wirksames Pfandrecht, und es sollte somit auch sein Cessionar keines haben. Der §. 1443 beseitigt jedoch die Einwendung der Compensation zu Gunsten des gutgläubigen Cessionars, und es ist dies also ein Fall, wo eine Hypothek ohne gesetzmäßiges Eingetragensein und ohne Tabularersitzung (bezw. Verschwei-

Ist die Forderung, zu deren Sicherstellung die Intabulation erfolgen soll, eine bedingte oder betagte, eine ungewisse oder künftige, so hindert dies die Zulässigkeit der Intabulation bei vorliegender formmäßiger Tabularurkunde nicht[32]); nur muß diese Beschränkung im öffentlichen Buche ausdrücklich bemerkt werden. Das Pfandrecht entsteht in diesen Fällen nur unter der Voraussetzung, daß, und in dem Zeitpunkte, in welchem die Forderung selbst ins Leben tritt, die Priorität desselben richtet sich aber nach dem Zeitpunkte der Intabulation.[33]) Ist dagegen die Forderung oder die Pfandrechtsbestellung an einen Endtermin gebunden, oder das Eigenthum des Bestellers ein zeitliches, so entsteht das Pfandrecht zwar sofort mit der Intabulation, es erlischt aber auch, wofern diese Beschränkung aus dem öffentlichen Buche ersichtlich oder dem Gläubiger sonst bekannt ist, ipso jure mit dem Ablauf der Zeit (§. 468).

Ein besonderer, hier noch näher zu erörternder Fall ist die Intabulation des Pfandrechts auf die Früchte: sie kann sowohl als freiwillige[34]), wie auch als richterliche[35]) Pfandbestellung vorkommen. Da an den stehenden Früchten eines Gutes als Theilen desselben ein besonderes Pfandrecht nicht denkbar ist[36]), so kann diese Intabulation ein solches nur an den zu separirenden Früchten verschaffen (§. 457). Das Pfandrecht entsteht demnach an den Früchten erst durch ihre Trennung[37]) oder Ausfolgung an den Gläubiger, und zwar durch die erstere bei gerichtlicher[38]),

---

gung) kraft des Eingreifens der sog. positiven Seite des Publicitätsprincips entsteht. Vgl. Randa G.-Z. 1871 Nr. 39.

32) Pl.-Entsch. G.-H. 1869 Nr. 52 [= Sammlung VII. Nr. 3347]: die beiden ersten Instanzen wollten nur die Pränotation bewilligen.

33) Es kann die Forderung oder der Pfandrechtstitel unbedingt, und gleichwohl das durch die Intabulation entstehende Pfandrecht ein bedingtes sein, wie z. B. wenn der Verpfänder selbst nur bedingtes Eigenthum hat, insbesondere aber in dem Falle des §. 822 b. G.-B. Auch die Pfandrechtspränotation gehört hieher. In allen diesen Fällen richtet sich bei erfüllter Bedingung die Priorität nach der Reihenfolge der Eintragung bezw. der Anbringung des Eintragungsgesuches.

34) Hofd. v. 7. April 1798 (Wessely I. Nr. 1226), b. G.-B. §§. 457, 632, G.-B.-G. §. 88.

35) A. G.-O. §. 320.

36) Vgl. oben §. 270. Das Gegentheil behaupten Zeiller II. S. 268, Winiwarter II. S. 259 fg., Ellinger ad §. 457, Stubenrauch II. S. 74.

37) Unger I. S. 362 Note 36, Entsch. G.-H. 1870 Nr. 12 [= Sammlung VII. Nr. 3598].

38) Vgl. §. 320 A. G.-O. mit §. 480 siebenbürg. C.-P.-O. Der letztere lautet: „Wenn der Kläger die Execution auf Früchte oder andere Einkünfte ansucht, soll ihm der Richter darauf das Pfandrecht ertheilen . . .“ Da es zur Entstehung gerichtlichen Pfandrechts der Detention des Gläubigers nicht bedarf, so ist wohl anzunehmen, daß das Pfandrecht sofort mit der Trennung der Früchte entsteht. Nur insofern man etwa sagen mag, daß der Sequester als Substitut des Gerichts Stellvertreter des Gläubigers ist und daher die Früchte in dessen Namen detinirt, erscheint auch in diesem Falle die Idee des Faustpfandrechts gewahrt. Nahe genug liegt ja auch die Analogie des derivativen Fruchterwerbs, wie er zu Gunsten des Pachters oder Fruchtnießers stattfindet. — Es unterliegt keinem Anstande, den Gläubiger selbst zum Sequester zu bestellen (Hofd. v. 31. Oct. 1785 Nr. 489 J.-G.-S. Wessely I. Nr. 1217), was gleichfalls die vorstehende Erklärung unterstützt.

durch die letztere bei freiwilliger Pfandbestellung[39]), daher im ersteren Falle immer auch ein Sequester zur Einhebung der Früchte bestellt werden muß. Die Intabulation hat in diesem Falle nur die Wirkung, daß sich jeder Besitzer oder Inhaber des Gutes die Früchteeinhebung durch den Sequester oder Gläubiger gefallen lassen muß; mit anderen Worten: sie schafft eine auf dem Gute haftende sog. Zustandsschuld.[40]) Aus den eingehobenen Früchten müssen zwar die Steuern und Giebigkeiten, sowie die Zinsen der auf dem Gute eingetragenen Capitalien nach der Reihenfolge ihres Ranges berichtigt werden, allein nicht aus dem Grunde eines etwa an den separirten Früchten ipso jure haftenden Pfandrechtes, sondern weil der Sequester die laufenden Auslagen ebenso wie der Eigenthümer zu bestreiten hat. Die Zahlung eines mit besserem Pfandrecht auf dem Gute haftenden Capitals könnte zum Nachtheil des ersten Sequestrationswerbers aus dem Ertrage nur in Folge besonders erwirkter Sequestration verlangt werden.

§. 278. Entstehung der Hypothek durch Verschweigung.

Erfolgte die Eintragung eines Pfandrechtes auf Grund eines nichtigen Titels, wohin auch der Fall gehört, wenn die Forderung ungiltig ist (§. 449), oder ist der Titel oder die Forderung anfechtbar, so entsteht im ersten Falle für den Eingetragenen das Pfandrecht nicht, bezw. es ist im zweiten Falle gleichfalls ein anfechtbares. Darum kann der Eigenthümer des vermeintlichen Pfandobjects während der gewöhnlichen Verjährungsfrist auf Löschung klagen (G.-B.-G. §. 62). Die Verabsäumung dieser Frist hat das Wirksamwerden der ungiltig gewesenen Eintragung und damit die Entstehung des Pfandrechtes zur Folge. Darin liegt keine reine Verjährung, da durch eine solche nicht Rechte erworben, sondern nur Rechte verloren werden, — auch keine Ersitzung im technischen Sinne, da zu einer solchen Besitz erforderlich ist, auf dessen Vorhandensein es hier nicht ankommt, — sondern es liegt darin, wie in dem entsprechenden Falle einer Eigenthums- oder Servituteneintragung, eine deutschrechtliche Verjährung, eine Verschweigung. Sie beginnt zu laufen mit dem Tage der Ueberreichung des betreffenden Tabulargesuches (arg. §. 64 G.-B.-G.)[1]); die Frist ist nicht immer die 30jährige, sondern richtet sich nach Verschiedenheit der Fälle (§§. 1485[2]), 1487[3]), 1494—1496).

Hat hingegen derjenige, der auf Grund eines ungiltigen Titels als

39) Es würde namentlich den §§. 367 und 456 widersprechen, wollte man auch hier sofort mit der Trennung erfolgende Entstehung des Pfandrechts annehmen. Der Eigenthümer des Gutes hat vielmehr als solcher die Verbindlichkeit, die Früchte dem Gläubiger als Pfand auszufolgen oder sie durch einen Vertreter des letzteren einheben zu lassen.

40) So auch Unger I. S. 423 Note 17; nur ist es unrichtig, diese (rein persönliche) Schuld eine „absolute“ zu nennen.

1) Vgl. Kaserer G.-Z. 1872 Nr. 65.

2) Vierzig Jahre, wenn es sich um eine Verschweigung zum Nachtheil einer juristischen Person handelt.

3) Drei Jahre z. B., wenn Jemand auf Grund einer ungiltigen letztwilligen Anordnung die Intabulation erwirkt hat.

Eigenthümer eines Grundstücks in das öffentliche Buch eingetragen ist und daher selbst der Anfechtung seines bücherlichen Rechtes durch Löschungsklage gewärtig sein muß, einem Dritten ein Pfandrecht darauf eingeräumt, oder überträgt der ungiltig eingetragene Hypothekargläubiger sein bücherliches Recht auf einen Anderen, so fehlt dem Zweiteingetragenen zwar nicht der Titel, wohl aber das Recht (Eigenthum, Pfandrecht) seines Tabularauctors. Für diesen Fall bestimmte das b. G.-B., daß der Eingetragene unter gewissen Voraussetzungen, unter denen namentlich die Redlichkeit hervorzuheben ist, das Pfandrecht im Wege der Tabularersitzung[4]) erwerbe. Das G.-B.-G. hingegen unterscheidet, ob das

4) Ob sie in Anwendung auf das Pfandrecht zulässig sei, war allerdings bestritten, da das G.-B. von dieser Anwendung des Instituts nicht ausdrücklich sprach. Doch war ihre Zulässigkeit in Theorie und Praxis von der herrschenden Lehre mit Recht angenommen, da das Eingetragensein im öffentlichen Buche von dem b. G.-B. (§§. 321, 322) als eine Art Besitz aufgefaßt wurde, und die §§. 1455, 1467 sehr allgemein (nicht nur vom Eigenthum) reden, auch der Realcredit diese Ersitzung des Pfandrechts mindestens ebenso gebieterisch postulirte, wie die der anderen bücherlichen Rechte. Dem stand auch nicht entgegen, daß das Hofd. v. 29. Aug. 1818 Nr. 1488 J.-G.-S. und das dasselbe erläuternde Hofd. v. 4. Juni 1819 Nr. 1567 J.-G.-S. von „Verjährung" sprechen, denn das letztere Hofd. allegirte ausdrücklich die §§. 441 und 1467 b. G.-B., und zur eigentlichen Verjährung war ja ein nach §. 441 qualificirter Besitz nicht gefordert. Diese Gesetze durften umsomehr von einer „Verjährung" sprechen, als die Tabularersitzung thatsächlich keine Ersitzung, sondern gleichfalls eine deutschrechtliche Verjährung, eine Erwerbsart in Folge Verjährung des gegnerischen Widerspruchsrechtes war und in älteren Gesetzen — vgl. böhm. Landes-O. v. 1627 (Unger G.-Z. 1861 Nr. 141), tirol. L.-O. (Füger Adel. Richteramt 6. Aufl. III. S. 402), böhm. Landt.-Pat. v. 1794 §. 32, westgal. G.-B. II. §§. 175—177, Hofd. v. 10. April 1813 u. a. — entschieden in diesem Sinne aufgefaßt war; ja, wo der Intabulirte unredlich und damit die Tabularersitzung ausgeschlossen war (§. 1477), konnte selbst im Sinne des b. G.-B. von einer mit der Eintragung beginnenden wahren Verjährung der Löschungsklage durch Ablauf von 30 Jahren (§. 1493) gesprochen werden. Vgl. Winiwarter V. S. 183—185, Ellinger ad §§. 1455, 1467, Stubenrauch III. S. 701, 714, Unger Sächs. Entw. S. 102 Note, Turnes Jurist XI. S. 337 fg., Entsch. G.-Z. 1853 Nr. 110, 1856 Nr. 89, 1859 Nr. 63, Preßburger Ztschr. 1860 Nr. 43 bis 46 [fehlt in den Sammlungen], Pl.-Entsch. G.-H. 1864 Nr. 83, Entsch. G.-H. 1867 Nr. 6 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 1209, Sammlung I. Nr. 184, II. Nr. 1027, IV. Nr. 1821, V. Nr. 2498]; von eigentlicher Verjährung verstehen das Hofd. v. 1818 Lekisch Jurist XI. S. 12 fg. und Entsch. G.-Z. 1852 Nr. 126, G.-H. 1865 Nr. 28 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 1210, Sammlung IV. Nr. 1995] (daher ohne das Erforderniß der justa causa und bona fides aufzustellen).

Zur (constitutiven) Tabularersitzung des Pfandrechts war (§§. 1460, 1467) erforderlich:

a) Intabulation des Pfandrechts auf den Namen des Ersitzenden (Tabularbesitz des Pfandrechts);

b) Rechtmäßigkeit dieses Tabularbesitzes, d. h. der Rechtstitel mußte so geartet sein, daß die Intabulation, wenn der Vormann selbst berechtigt gewesen wäre, Pfandrecht verschafft hätte (§. 1461). Die Ersitzbarkeit wurde also begründet, wenn ein (eingetragener) Nichteigenthümer vertragsmäßig oder letztwillig das Pfandrecht bestellt hatte, oder ihm Bestellung durch richterliche Verfügung oder Rechtssatz auferlegt war, oder wenn Jemand, dem eine Forderung oder ein Pfandrecht nicht zustand, der aber als Hypothekargläubiger eingetragen war, dieses Pfandrecht an einen Anderen überließ; nicht auch, wenn die Pfandrechtsbestellung nichtig war, oder wegen

Pfandrecht im Vertrauen auf das öffentliche Buch erworben wurde oder nicht. Wurde es erworben in diesem Vertrauen, dann entsteht, vorausgesetzt, daß von der ungiltigen Intabulation des Auctors derjenige, gegen den sie erwirkt wurde, vorschriftsmäßig verständigt worden ist, trotz mangelnden Rechtes dieses Auctors ein wirkliches Pfandrecht; nur ist dasselbe, wenn es während der gegen diese ungiltige Intabulation offen stehenden Recursfrist erwirkt wurde, an die Bedingung geknüpft, daß vom Recursberechtigten nicht während dieser Frist um die Streitanmerkung angesucht und sohin im ordentlichen Klagwege die Löschung erwirkt wurde (§§. 63, 65—67 G.-B.-G.). Wurde dagegen das Pfandrecht nicht im Vertrauen auf das öffentliche Buch erworben, oder zwar in diesem Vertrauen, unterblieb aber im letzteren Falle die vorschriftsmäßige Verständigung von der bewilligten ungiltigen Intabulation, so entsteht zunächst kein Pfandrecht, und der Eigenthümer der Liegenschaft kann daher im ersteren Falle binnen der gewöhnlichen Verjährungsfrist, im zweiten Falle (bei unterbliebener Verständigung und vor-

---

mangelnder Forderung nicht giltig werden konnte (dies ist übersehen von Kitka in Haimerl's Mag. XI. S. 181 fg. = Entsch. bei Peitler 2. Aufl. Nr. 1212, 1213 und in Entsch. G.-H. 1867 Nr. 6 [= Sammlung V. Nr. 2498], wonach das Pfandrecht auch ohne Forderung in 3 Jahren soll ersessen werden können, das Recht aber, gegen die Forderung Einwendungen vorzubringen, aufrecht bleiben soll); allerdings kann aber auch hier durch Uebertragung an einen redlichen Cessionar Ersitzbarkeit begründet werden.

c) Redlichkeit des intabulirten Gläubigers, d. h. sein Glaube an das Recht seines Auctors und seine Ueberzeugung, daß auch sonst seinem Pfandrechtserwerb kein rechtliches Hinderniß entgegenstehe (§. 1463). Genügt bona fides initialis? Entsch. G.-H. 1865 Nr. 23 [= Sammlung IV. Nr. 1803] bejaht die Frage; dafür spricht das Princip der Vertrauenswürdigkeit der öffentlichen Bücher und das Institut der Streitanmerkung, da die Tabularersitzung derjenigen, welche nicht speciell belangt wurden, fortlief, obwohl sie durch die Streitanmerkung auf die Anfechtbarkeit ihres Rechtes aufmerksam geworden sein müssen.

d) Echtheit des Tabularbesitzes (§§. 1460, 1464)? Entsch. G.-Z. 1856 Nr. 89, G.-H. 1864 Nr. 83 [= Samml. I. Nr. 184, IV. Nr. 1821] fordern sie. Allein eine unechte Erlangung der Intabulation (listige Vorspiegelungen?) ist ohne mala fides kaum denkbar.

e) Zeitablauf von 3 Jahren (§. 1467), gegen juristische Personen von 6 Jahren, gegen freiwillig Abwesende nach §. 1475, beginnend mit dem Moment der Eintragung (§. 441 b. G.-B., Hofd. v. 1818 und 1819 cit.), doch war accessio temporis nach dem Hofd. v. 1818 auch da zulässig, wo sie nach §. 1493 nicht stattgehabt hätte, indem die Tabularersitzung auch in dem Falle vom Tage der ersten Eintragung zu berechnen war, wenn der Ersteingetragene unredlicher oder unrechtmäßiger Tabularbesitzer war. Cedirte dieser sein Scheinpfandrecht einem redlichen Erwerber nach Ablauf von drei Jahren, so erwarb dieser sofort Pfandrecht (Entsch. G.-Z. 1853 Nr. 110, G.-H. 1865 Nr. 28 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 1209, Sammlung IV. Nr. 1995]. Fehlte der Intabulation der Pfandrechtstitel (weil die Forderung nicht bestand — Entsch. G.-Z. 1874 Nr. 58 und 71 [= Sammlung XII. Nr. 5377] — oder weil die Pfandrechtsbestellung sonst nichtig war), so wurde das Pfandrecht vom redlichen Tabularbesitzer in 30—40 Jahren (nach Entsch. G.-Z. 1872 Nr. 13 [= Sammlung VII. Nr. 3339] betreffend exc. non num. pec. ebenfalls in 3 Jahren, sogar ohne bona fides) ersessen §. 1477. Beruht die Nichtigkeit der Intabulation auf ordnungswidrigem Vorgehen der Grundbuchsbehörde, dann ist die Tabularersitzung immer ganz ausgeschlossen. Der Verletzte hat die Syndicatsklage (§. 1341).

handener bona fides des Pfandgläubigers) binnen drei Jahren, von dem Ansuchen um die ursprüngliche (ungiltige) Intabulation an gerechnet, auf Löschung klagen (§§. 63, 64 G.-B.-G.). Nach unbenutztem Ablauf dieser Frist erwächst die Intabulation durch Verschweigung in Rechtskraft.

Der Fall des nicht auf die publica fides gestützten Erwerbes ist vorhanden, wenn der Erwerb entweder unter einem lucrativen Titel[5]) (z. B. durch Erbgang, Legat, Schenkung) erfolgte, oder wenn sich der Erwerber nicht im guten Glauben befunden hat (§. 63 G.-B.-G.). Insbesondere kann auch eine erst nach erfolgter Streitanmerkung erwirkte Intabulation nicht als im Vertrauen auf das öffentliche Buch geschehen angesehen werden. Sie wird daher nach erfolgreich durchgeführter Löschungsklage selber gelöscht (§§. 61, 65 G.-B.-G.).

Die allgemeinen Grundsätze von der Hemmung der Verjährung gelten auch von der Verschweigung[6]); anders nur in dem Falle der unterbliebenen Verständigung, wo die dreijährige Frist eine Fallfrist ist und daher immer drei Jahre dauert.

Durch den mittelst Verschweigung erfolgenden Pfandrechtserwerb werden auch alle allfälligen Einwendungen gegen den Bestand der Forderung beseitigt[7]), weil das Pfandrecht vermöge seiner accessorischen Natur ohne eine giltige Forderung nicht bestehen kann (§. 449).

§. 282. Translativer Erwerb (Uebertragung) des Pfandrechts.

Die Thatsachen, an welche sich die Uebertragung eines bestehenden Pfandrechts auf eine andere Person anknüpft, sind verschieden beim Pfandrecht an beweglichen, an unbeweglichen Sachen und an Rechten.

Auf den ersten Blick könnte man geneigt sein, anzunehmen, daß die Uebertragung des Pfandrechts an Mobilien ohne weiteres durch die nämlichen Thatsachen vor sich gehe, durch welche eine Forderung von einer Person auf die andere übertragen wird, also durch Erbgang, Cession[1]) und bei Inhaber- und Ordrepapieren durch Besitzübertragung. Denn da das Pfandrecht als accessorisches Recht der Forderung folgen muß[2]), da

5) Darauf dürfte sich beziehen G.-B.-G. §. 62 verb.: „wenn sich die Klage auf solche Verhältnisse stützt, welche unmittelbar zwischen dem Kläger und Geklagten obwalten."

6) Ebenso war es bei der Tabularersitzung. Hofd. v. 1818 cit.

7) Ebenso war es auch bei der Tabularersitzung, nur hatte der Satz nur für die 30—40jährige Ersitzung (und bei der hypothekarischen Succession) practische Bedeutung, da die 3jährige Tabularersitzung rechtmäßigen Tabularbesitz forderte, der eine Forderung selbst voraussetzte. A. A. Kitka a. a. O.

1) Daß die Cession eine Singularsuccession in Forderungen bewirkt, muß trotz §. 1396 angenommen werden (Unger II. S. 20). Denn intabulirte Forderungen gehen unzweifelhaft durch die Intabulation der Cession in das Vermögen des Cessionars über, was sich nicht nur aus §. 445, sondern namentlich daraus ergibt, daß Einwendungen gegen die Forderung dem bona fide handelnden Cessionar nicht entgegengesetzt werden können (§§. 469, 1443, 1500). Danach muß auch in anderen Fällen die Forderung aus dem Vermögen des Cedenten durch die Cession gänzlich ausscheiden.

2) §§. 449, 1394, 1358. Der in dem letztgenannten Paragraph statuirte Anspruch des die Schuld bezahlenden Bürgen

es die juristischen Schicksale des Hauptrechts theilt, so liegt nichts näher als die Annahme, daß auch das Faustpfandrecht, ohne daß es der Tradition der Pfandsache bedürfe, mit der Forderung ipso jure auf den neuen Gläubiger (Cessionar) übergehe. Allein dem steht die bestimmte Vorschrift des §. 425 b. G.-B. entgegen, wonach „alle dingliche Rechte überhaupt . . ., außer den in dem Gesetze bestimmten Fällen, nur durch die rechtliche Uebergabe und Uebernahme erworben werden" können. Danach wird durch die Uebertragung der Forderung nur ein Anspruch des neuen Gläubigers auf die Uebertragung des Faustpfandrechts erworben, die Erwerbung des letzteren selbst erfolgt erst durch die Uebergabe der Pfandsache. Wenn sich dagegen das Mobiliarpfandrecht auf gerichtliche Pfändung oder auf die Einbringung in das Bestandobject gründet, in welchen Fällen überhaupt nicht Faustpfand vorliegt, dann vollzieht sich mit dem Uebergang der Forderung an den neuen Gläubiger auch zugleich die Uebertragung des Pfandrechts. — Daß übrigens die Cession nur unter der Bedingung der rechtzeitigen Benachrichtigung des Cessus vollwirksam wird (§. 1396), das ist ein Satz, der sich auch auf den Pfandrechtserwerb bezieht.[3][4])

Zur Uebertragung des Pfandrechts an unbeweglichen Sachen ist die Intabulation dieser Uebertragung im öffentlichen Buche (sog. Satzumschreibung) erforderlich; Cession, Legat, gerichtliche Einantwortung, Erbgang u. s. w. bilden nur Rechtstitel, auf Grund deren die Umschreibung verlangt werden kann (§. 445).[5]) Doch kann auch ein beliebiger

auf Ausfolgung der Sicherstellungsmittel läßt sich immerhin dahin verstehen, daß der Zahler das Pfandrecht selbst nicht erst mit der wirklichen Ausfolgung des Pfandes erlange, sondern dasselbe (wie die Forderung selbst bei dieser cessio legis) ipso jure auf ihn übergehe — eine Auffassung, die eine Stütze findet in dem gegen die entgegengesetzte Auffassung sprechenden Bedenken, daß die letztere annehmen muß, es gebe einen Augenblick, in welchem die Forderung dem Zahler, das Pfandrecht aber noch immer dem früheren Gläubiger zustehe, das Pfandrecht also für sich allein bestehe.

3) Wurde die mit Faustpfand bedeckte Forderung ohne Verständigung des Cessus dem A und dann dem B cedirt, und der Schuldner zahlt diesem ohne Kenntniß von der ersten Cession, so hat A zwar möglicherweise gegen den B, nicht aber gegen den Schuldner ein Klagerecht. Erfolgte die Verständigung von der ersten Cession später als jene von der zweiten, ist aber noch an keinen der beiden Cessionare gezahlt, so hat nur A ein Klagerecht gegen den Schuldner. Vgl. §§. 1396, 455 b. G.-B., §. 316 A. G.-O.

4) Auch von der gerichtlichen Einantwortung einer Forderung an Zahlungsstatt nach §. 314 A. G.-O. als einer Species der Cession gelten die im Text entwickelten Sätze.

5) Daher (§. 315 A. G.-O.) muß der Gläubiger, dem eine auf ein liegendes Gut versicherte Forderung seines Schuldners an Zahlungsstatt gerichtlich eingeantwortet wird, um das Pfandrecht zu erlangen, die Einantwortung in dem öffentlichen Buche einverleiben lassen; ebenso (§§. 177, 178 Pat. v. 9. Aug. 1854) der Erbe die Eintragung der Einantwortungsverordnung „zur Uebertragung des Eigenthums der . . . auf unbeweglichen Gütern haftenden Forderungen" erwirken (bezw. der Legatar auf Grund einer besonders zu erwirkenden gerichtlichen Bestätigung). Die gleiche Auffassung, daß nicht nur die Hypothek, sondern auch die Forderung erst durch die Satzumschreibung an den neuen Gläubiger übergehe, findet sich auch im §. 39 G.-B.-G., wonach „zum Zwecke der

Theilbetrag der Satzpost von einer Person auf die andere durch Satzumschreibung übertragen werden (§. 13 G.-B.-G.).

Die Eintragung erfolgt bei Cessionen auf Grund der in tabularmäßiger Form ausgefertigten, also auch mit der Intabulationsclausel versehenen[6]) Cessionsurkunde. Weigert sich der frühere Gläubiger, eine solche auszustellen, so findet die Einverleibung statt auf Grund des gegen ihn zu erwirkenden gerichtlichen Urtheils; in anderen Fällen, in denen Jemand einen Anspruch auf Uebertragung einer intabulirten Forderung hat, geschieht die Umschreibung auf Grund der bezüglichen gerichtlichen Urkunde.

Da das Pfandrecht erst durch Intabulation an den neuen Gläubiger übergeht (§. 445), Pfandrecht und Forderung aber untrennbar sind, so wirkt bei intabulirten Forderungen erst die Intabulation der Cession, nicht aber schon die Cession selbst die Uebertragung der Forderung.[7]) Wäre demnach eine intabulirte (mit bücherlichem Pfandrecht versehene) Forderung an verschiedene Personen cedirt worden, so steht sie nicht derjenigen, an welche sie zuerst cedirt wurde, sondern jener zu, welche zuerst um die Satzumschreibung angesucht hat (§§. 440, 445).[8])[9]) Um Gefahren dieser Art fernzuhalten, hat das G.-B.-G. §. 53 fg. in der Zulassung einer Anmerkung der Cessionsabsicht ein passendes Mittel an die Hand gegeben. Der Hypothekargläubiger kann die Anmerkung der beabsichtigten Abtretung seiner Forderung zur Wahrung der bücherlichen Rangordnung für die von ihm in Aussicht genommene Cession erwirken. Wird dann, nachdem die Cession erfolgt ist, innerhalb 60 Tagen nach Bewilligung der Anmerkung um die Satzumschreibung angesucht, so geht der Cessionar allen mit seiner Satzumschreibung collidirenden bücherlichen Rechten vor, welche nach jener Annotation erwirkt worden sind.

Der Cessionar, welcher über das Cessionsgeschäft zwar eine glaubwürdige, aber keine Tabularurkunde besitzt, kann auch, damit ihm Nie-

Uebertragung der Forderung" die Vormerkung auf Grund der Amtsurkunde über den unter den Voraussetzungen des §. 1422 b. G.-B. erfolgten gerichtlichen Erlag zulässig ist. Vgl. unten Note 10.

6) Böhm. Landt.-Pat. §. 17 bestimmte zwar, daß landtäflichen Cessionen die Intabulationsclausel nicht eingeschaltet sein müsse; allein dies dürfte durch das b. G.-B. aufgehoben sein, ist übrigens in einem bestimmten Falle (unten Note 18), wenn nämlich die Löschungserklärung von einem nicht intabulirten Cessionar ausgestellt wird, auch jetzt noch richtig. A. A. Strahl Verh. und Mittheilung der jur. Gesellschaft in Laibach I. S. 392, 393.

7) §. 4 G.-B.-G.; s. auch oben Note 5. Die Forderung wird durch die Intabulation zu einem sog. Zustandsrecht und steht daher nur dem bücherlich Eingetragenen zu.

8) Doch hat der frühere Cessionar nicht nur gegen den Cedenten, sondern auch gegen den dolos handelnden späteren Cessionar Ersatzansprüche.

9) Hat nach erfolgter Cession aber vor deren Superintabulation ein Gläubiger des Cedenten auf die cedirte Forderung ein Superpfandrecht erlangt, so kann er dieselbe ohne Rücksicht auf die Cession executiv feilbieten lassen: Entsch. G.-H. 1867 Nr. 35 [= Sammlung V. Nr. 2622]. Die Superintabulation einer vor der Eröffnung des Concurses über den Cedenten geschehenen Cession kann nach der Eröffnung des Concurses nicht mehr erfolgen: Entsch. G.-Z. 1867 Nr. 79 [fehlt in den Sammlungen].

mand ein Vorrecht abgewinne, die **Pränotation** der Uebertragung erwirken unter den bekannten Voraussetzungen und mit den bekannten Wirkungen dieses wiederholt erörterten Rechtsactes (§§. 438, 439, 445).[10][11])

Die Intabulation der Cession gewährt ein Klagerecht gegen den Cessus auch dann, wenn derselbe von der Cession gar nicht oder wenigstens nicht vor der an den ersten Gläubiger (oder einen anderen Cessionar) geleisteten Zahlung verständigt worden ist.[12]) Darum schreibt auch das G.-B.-.G §. 123[13]) zwar die Verständigung des Bittstellers, seines Gegners und des Eigenthümers des Gutes, nicht aber auch die des Cessus vor. Auch bleibt nach der Satzumschreibung die Priorität des Pfandrechts bei dem Cessionar oder sonstigen neuen Uebernehmer der Forderung unverändert (§. 1394), denn es liegt nicht Entstehung einer neuen Forderung, sondern nur Uebertragung der alten vor. Eben darum gehen mit der Uebertragung der Forderung und Hypothek an den Cessionar, wie alle Rechte des Uebertragenden, so auch alle auf der Hypothek haftenden Beschränkungen über, insbesondere die Afterhypotheken; und er haftet nicht nur für die bereits ersichtlichen, sondern auch für jene Belastungen der übernommenen Hypothek, um deren Eintragung vor dem von ihm

---

10) Einen besonderen Fall der Zulässigkeit der Pränotation bespricht G.-B.-G. §. 39, einen Fall, der sich an §. 1422 b. G.-B. anlehnt, wonach der eine fremde Schuld Bezahlende von dem Gläubiger Rechtsabtretung verlangen kann. Wenn nämlich Jemand den Betrag einer Hypothekarschuld gerichtlich erlegt und darum nach §. 1422 Anspruch auf Rechtsabtretung hat, so findet, obwohl es an einer **Cessions**urkunde ganz fehlt, auf Grund der Amtsurkunde über den gerichtlichen Erlag die Vormerkung zum Zwecke der Uebertragung der Forderung auf den Zahler statt.

11) Nach pränotirter Cession kann der Pfandgläubiger nur mit Bewilligung des Cessionars gegen den Schuldner Execution führen. Entsch. G.-Z. 1870 Nr. 10 [= Sammlung VII. Nr. 3350].

12) **Kopezky** Ztschr. f. R. u. St. 1835 I. S. 287 fg. Auf die Verständigung kann es hier nicht ankommen, indem nach dem (§. 469) gesetzlich anerkannten Grundsatz dem intabulirten redlichen Cessionar sogar die **vor** der Cession erfolgte Zahlung nicht eingewendet werden kann, um so weniger also die **nach** der Cession oder deren Intabulation geschehene, in welchem Falle der Zahlungsempfänger gar nicht mehr der wahre Gläubiger war. Ueber die (nur scheinbar entgegenstehenden) §§. 455, 1395 b. G.-B. und §. 316 A. G.-O. das Nähere in der Lehre von der Cession. Consequent ist daher die Entscheidung des sächs. G.-B. §. 438, wonach bei Cessionen intabulirter Forderungen die Intabulation allein, die Benachrichtigung aber gar nicht entscheidend ist. So auch Pl.-Entsch. G.-Z. 1861 Nr. 109, Entsch. G.-Z. 1871 Nr. 88 [fehlen in den Sammlungen]. Dafür spricht auch, daß einerseits die Eintragung in das öffentliche Buch, da sich Niemand mit dessen Unkenntniß entschuldigen kann (§. 443), die Stelle der Denuntiation wohl zu vertreten vermag, andererseits aber die ratio des §. 1395 hier entfällt; dieser Paragraph enthält nämlich eine für den von der Cession nicht unterrichteten Cessus nothwendige Ausnahmsverfügung, die bei intabulirten Forderungen durchaus entbehrlich ist, da bei diesen der Cessus durch Einsichtnahme des Grundbuchs seinen Gläubiger zu jeder Zeit erfahren kann.

13) Ebenso schon Hofd. v. 10. April 1813 Nr. 1037, 29. Aug. 1818 Nr. 1488 J.-G.-S. Doch fand die Praxis in diesen Gesetzen eine Verpflichtung der Grundbuchsbehörde ausgesprochen, auch den Cessus zu eigenen Handen von der Intabulation zu verständigen.

überreichten Satzumschreibungsgesuche angesucht worden ist (§§. 440, 445 b. G.-B., Pat. v. 12. Dec. 1785 Nr. 503 J.-G.-S., §. 29 G.-B.-G.).[14])

Aus dem Gesagten ist jedoch keineswegs zu folgern, daß die nicht intabulirte Cession einer intabulirten Forderung dem Cessionar gegen den Cessus gar keine Rechte gewähre. Hat sie auch nicht die Kraft, das Forderungsrecht sammt dem Pfandrecht auf ihn zu übertragen, so kommt ihr doch jene Rechtswirkung zu, welche auch ohne Intabulation bestehen kann, nämlich die Wirkung, den Cessionar zur Einhebung des Gegenstandes der Schuld zu ermächtigen.[15]) Der nicht intabulirte Cessionar ist insbesondere auch zur Klageanstellung gegen den Cessus ebensogut legitimirt[16]), wie ein gewöhnlicher Sachwalter (dessen Vollmacht ja auch nicht bücherlich ausgezeichnet zu sein braucht, um ihm eine wirksame Klagsmacht gegen den Schuldner zu gewähren), und er kann vermöge des zwischen ihm und dem Cedenten bestehenden Rechtsverhältnisses das vom Schuldner Empfangene oder Eingetriebene behalten; mit anderen Worten: er ist procurator in rem suam, wie der römische Cessionar. Allerdings kann ihm der Cessus wegen der Gefahr, daß ein zweiter Cessionar die Intabulation früher erwirken könnte, so lange nicht sicher zahlen, als der Zahlungsempfänger nicht die Löschung der Schuld erwirkt hat[17]); aber diese zu erwirken ist der nicht intabulirte Cessionar wohl in der Lage, denn die von ihm ausgestellte Löschungsbewilligung wirkt als Erklärung eines Sachwalters auch gegen den noch als Gläubiger eingetragenen Cedenten, und es muß auf Grund derselben und der Cessionsurkunde[18]) die Löschung ohne weiteres vollzogen werden (§. 22 G.-B.-G.).[19]) Darum

---

14) Es kann sich also ereignen, daß der zu umschreibende Cessionar bei Einsicht des Grundbuchs die Forderung ganz unbelastet findet, dieselbe aber nach seiner Umschreibung bei abermaliger Einsicht mit einem Afterpfandrecht belastet sieht, um dessen Eintragung etwa einen Tag vor Einbringung seines Umschreibungsgesuches angesucht worden war. Eben gegen solche Gefahren kann er sich schützen, wenn er den Cedenten bestimmt, vorläufig die (oben erwähnte) Anmerkung der Cessionsabsicht zu erwirken, wo dann die Rangordnung für 60 Tage vom Zeitpunkte der Bewilligung der Anmerkung für das einzubringende Umschreibungsgesuch sichergestellt ist (G.-B.-G. §§. 53, 55—57).

15) Es tritt also eine (unpassend) sog. Conversion des Rechtsgeschäftes ein.

16) Pl.-Entsch. G.-H. 1867 Nr. 64 [= Sammlung VI. Nr. 2652] gestattet die Fortsetzung der Execution eines vom Cedenten erwirkten Urtheils durch den Cessionar ohne vorausgegangene Intabulation der Cession (allerdings mit der nicht zutreffenden Motivirung, daß diese Intabulation nur zum Zwecke der Wirksamkeit gegen Dritte nothwendig sei, während es sich hier nur um das Verhältniß des Gläubigers zum Schuldner handle). Entsch. G.-Z. 1870 Nr. 88 [= Sammlung VIII. Nr. 3806] spricht dem nicht eingetragenen Cessionar einer intabulirten Forderung die Legitimation zur Hypothekarklage ab, weil ihm ohne Satzumschreibung das Pfandrecht nicht zustehe.

17) Daher kann der Zahlende bis dahin Sicherstellung verlangen (arg. §§. 469, 1369, 1428).

18) Diese braucht im vorliegenden Falle, da sie die Bedeutung einer Vollmacht hat, nicht einmal die Intabulationsclausel zu enthalten. S. oben Note 6.

19) Entsch. G.-H. 1869 Nr. 88 [= Schimkowsky I. Nr. 236] gestattete dem Erben auch nach der Einantwortung der Verlassenschaft nicht die Ausstellung einer wirksamen Löschungserklärung mit Beziehung auf eine an den Erblasser geleistete Bezahlung einer Tabular-

kann auch bei wiederholter außerbücherlicher Uebertragung der intabulirten Forderung der letzte Cessionar unter Nachweisung seiner Vormänner die Satzumschreibung unmittelbar auf seine Person erlangen (§. 22 cit.).

Die rechtliche Stellung des nicht umschriebenen Cessionars ist jedoch insoferne ungünstiger als die des eingetragenen, als er nicht nur dem letzteren nachstehen muß, sondern sich auch alle Einwendungen gefallen lassen muß, die der Cessus dem Cedenten hätte entgegenstellen können (§. 1396)[20]), während der intabulirte redliche Cessionar (der die Forderung im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher an sich gebracht hat) gegen alle aus dem öffentlichen Buche nicht ersichtlichen und ihm auch sonst nicht bekannt gewordenen Einwendungen geschützt ist (§§. 1443, 1500, arg. §. 469, Hofd. v. 27. März 1846 J.-G.-S. Nr 951).[21]) Einwendungen dagegen, die lediglich in dem Rechtsverhältniß zwischen Cessus und Cessionar selbst wurzeln (z. B. der Einwendung der Compensation wegen einer dem Cessus gegen den Cessionar zustehenden Gegenforderung), ist der Cessionar, ohne Unterschied, ob er intabulirt ist oder nicht, stets ausgesetzt.

Die Uebertragung hypothekarischer Rechte durch Intabulation leidet im Vergleich mit „der Flüssigkeit beweglicher Werthgegenstände" [22]) an einer gewissen Schwerfälligkeit; die neuere Zeit ist bestrebt, diese Schwerfälligkeit zu beheben, und dem Verkehr mit Immobiliarpfandrechten nach Möglichkeit jene Beweglichkeit mitzutheilen, welche der mit Mobilien hat. Der Weg dazu ist die Zulassung von Schuldscheinen auf den Inhaber mit hypothekarischer Sicherheit. Dazu bedarf es jedoch wegen §. 1001 b. G.-B., welcher zur Beweiskraft eines Schuldscheins verlangt, daß in demselben der Gläubiger genannt sei, eines Privilegiums. Solche Privilegien hat der Staat zuweilen sich selbst, zuweilen aber auch Privaten ertheilt.

In Fällen dieser Art haftet die Hypothek nicht für einen bestimmten Gläubiger, sondern für den jeweiligen Inhaber des Schuldscheins, und die Uebertragung des Pfandrechts wie der Forderung erfolgt einfach durch die Tradition der Schuldurkunde. Die so verwendbaren Urkunden beziehen sich jedoch regelmäßig nicht auf die ganze hypothekarisch versicherte Schuld, sondern auf gewisse runde Theilbeträge derselben (sog. Theilschuldverschreibungen, Partialobligationen), so daß über die Schuld eine oft sehr namhafte Zahl solcher Urkunden ausgestellt wird, und die Summe der Beträge, auf welche sie lauten, den Gesammtnominalbetrag der ganzen Capitalschuld ausmacht. Von dieser Art sind z. B. die vom Staate in Umlauf gesetzten sog. Partialhypothekaranweisungen (die Gmundener Salinenscheine)[23]) über den auf den Gmundener Salinen hypothe-

forderung, sondern erachtete ihn dazu erst für berufen nach Umschreibung der Tabularforderung auf seinen Namen.

20) Also insbesondere Einwendungen, die dem Cessionar unbekannt geblieben waren. Vgl. Entsch. II. Instanz G.-Z. 1870 Nr. 88 (oben Note 16).

21) Eine andere Consequenz der ungünstigeren Stellung des nicht intabulirten Cessionars s. bei Note 14.

22) Gerber System §. 151.

23) Diese beiden Namen werden zur Bezeichnung der nämlichen Urkunden gebraucht. Kundmachung des Reichsfinanzministeriums v. 17. Mai 1872 (in der Prager Zeitung vom 24. Mai 1872).

cirten Betrag der Staatsschuld, die Windischgrätz-, Esterházy-, Clary-Loose, die Eisenbahnprioritätsobligationen u. s. w. Die sämmtlichen Inhaber der einzelnen Partialobligationen genießen als Theilhaber der Einen intabulirten Forderung (den Gesammtbetrag aller Theilforderungen umfassend) an dem verpfändeten Gute die nämliche Priorität. Ueber die bücherliche Behandlung der für Partialobligationen eingeräumten Hypothekarrechte enthält nähere Bestimmungen das Gesetz vom 24. April 1874 Nr. 49 R.-G.-B.[24])

Eine besondere Art der Partialobligationen sind die Pfandbriefe.[25]) Das Besondere daran ist, daß sie von einem hiezu privilegirten Pfandgläubiger auf Grund der ihm geschuldeten auf unbeweglichen Gütern versicherten Capitalforderungen ausgegeben werden und in diesen eine Deckung

---

24) Danach bedarf es zur Eintragung des Pfandrechts der Vorlage der Theilschuldurkunden nicht, sondern nur einer vom Schuldner ausgestellten Pfandbestellungsurkunde. Ebenso findet die Uebertragung des für einen benannten Gläubiger eingetragenen Pfandrechts auf die Besitzer von Theilschuldverschreibungen auf Grund der von dem ersteren ausgefertigten Pfandübertragungsurkunde statt. Bei der Eintragung des Pfandrechts für die Besitzer von Theilschuldverschreibungen oder bei der Uebertragung des Pfandrechts auf dieselben ist an Stelle der Benennung des Berechtigten der Gesammtbetrag der Forderung nebst den wesentlichen in der Urkunde enthaltenen Bestimmungen über die Ausgabe der Theilschuldverschreibungen, deren Zahl und Höhe und über die Rückzahlung anzugeben (§§. 11, 12 d. Ges.). Mit dem Erwerbe einer Theilschuldverschreibung wird zugleich das Pfandrecht mit der aus der bücherlichen Eintragung für die Gesammtforderung sich ergebenden Rangordnung erworben (§. 13). Die gänzliche oder theilweise Löschung eines für die Besitzer von Theilschuldverschreibungen eingetragenen Pfandrechts findet auch statt, wenn die Erlöschung des Rechts durch die Vorlage der in Gemäßheit der hiefür geltenden Bestimmungen eingelösten Theilschuldverschreibungen, nachdem sie durch in die Augen fallende Merkmale für den Verkehr unbrauchbar gemacht worden, dargethan wird. Dem Löschungsgesuche ist ein Verzeichniß dieser Theilschuldverschreibungen beizulegen, und dem von der Löschung zu verständigenden gemeinsamen Curator der Besitzer der Theilschuldverschreibungen gleichzeitig mit dieser Verständigung zuzustellen, eine Abschrift aber in die Urkundensammlung einzulegen. Handelt es sich um die von einer unter besonderer staatlicher Aufsicht stehenden Unternehmung ausgegebenen Theilschuldverschreibungen, dann genügt statt der Vorlage des Verzeichnisses eine Bestätigung des die Aufsicht übenden öffentlichen Organs, daß die Theilschuldverschreibungen unbrauchbar gemacht worden sind. Bei amortisirten Theilschuldverschreibungen genügt die Quittung über die Zahlung und eine vom Berechtigten und Verpflichteten ausgestellte (bezw. vom Aufsichtsorgan bestätigte) Erklärung, daß die Ausgabe eines Duplicates nicht stattgefunden hat (§. 15). Bei den vom Staate ausgegebenen Theilschuldverschreibungen wird diese Bestätigung vom Finanzminister, bei Landestheilschuldverschreibungen vom Landesausschuß ertheilt (§. 17). Vgl. noch Ges. v. 19. Mai 1874 Nr. 70 R.-G.-B. §§. 48—52, betreffend die Eisenbahnprioritätsobligationen.

25) Die übrigens auch als Ordrepapiere vorkommen; so z. B. die auf bestimmte Namen lautenden Pfandbriefe der Nationalbank nach §§. 30 und 50 der Statuten der Nationalbank als Hypothekenbank. Min.-Erl. v. 20. März 1856 Nr. 36 R.-G.-B.

zu finden haben. So die Pfandbriefe der Nationalbank[26]), der galizisch-ständischen Creditanstalt[27]) u. a.

Daß diese Pfandbriefe Urkunden über ein gegen den Emittenten bestehendes Forderungsrecht sind, ist freilich klar genug; wohl aber fragt es sich, ob ein Pfandrecht (worauf ihre Benennung so bestimmt hindeutet) zu ihrer Deckung bestehe, da doch keines zu ihren Gunsten intabulirt ist (auch nicht in jener Art, in welcher es für die oben besprochenen Theilschuldverschreibungen besteht). Man könnte versucht sein, die Pfandbriefe als Partialobligationen rücksichtlich der der Nationalbank u. s. w. geschuldeten Gesammtsummen anzusehen, sie also als Theilcessionsurkunden zu construiren und ihnen auf diesem Wege auch das Pfandrecht zu Guten kommen zu lassen, das für jene Gesammtforderungen eingetragen ist. Allein diese Construction ist unmöglich, denn die Nationalbank, die galiz.-ständ. Creditanstalt u. s. w. bleiben nach wie vor vollständige und alleinige Gläubiger jener Forderungen, die auf ihren Namen hypothekarisch sichergestellt sind, und erscheinen nur ihrerseits als Schuldner jener Summen, auf welche die Pfandbriefe lauten. Dagegen steht nichts im Wege, anzunehmen, daß die Pfandbriefe gedeckt seien durch eine gesetzliche (und darum einer Superintabulation nicht bedürfende) Afterhypothek an den den emittirenden Anstalten bestellten Hypotheken. Dafür spricht die gesetzliche Bestimmung (Note 26), daß über die Gesammtsumme der jeweiligen Hypothekarforderungen hinaus Pfandbriefe nicht ausgegeben werden dürfen. Dieses Afterpfandrecht wird ganz so, wie bei den Theilschuldverschreibungen überhaupt, durch Tradition des Inhaberpapiers mit der Schuldforderung übertragen.[28])

---

26) Nach all. h. Entschl. v. 12. Oct. 1855 darf die privil. östr. Nationalbank als Hypothekenbank Pfandbriefe bis zum fünffachen Betrage des für die Geschäfte der Hypothekenbank bestimmten Fondes (pr. 40 Mill. Gulden), jedoch (Min.-Erl. v. 20 März 1856 in Note 25 cit.) in keinem Falle in höherer Summe emittiren, als die Gesammtsumme der jeweilig bestehenden Hypothekarforderungen beträgt. Sie genießen hinsichtlich der Anlegung von Capitalien alle Vorrechte der Staatspapiere, und haftet für pünktliche Verzinsung und Rückzahlung das gesammte bewegliche und unbewegliche Vermögen der Nationalbank, namentlich ihre Hypotheken. [Vgl. jetzt Ges. v. 21. Mai 1887 R.-G.-B. Nr. 51: „Abänderung der Statuten der Hyp.-Cred.-Abth." besonders §. 57.]

27) Allh. Entschl. v. 3. Nov. 1841.

28) Durch Ges. v. 24. April 1874 Nr. 48 R.-G.-B. wurden besondere Bestimmungen zur Wahrung der Rechte der Pfandbriefbesitzer erlassen. Ueber Vermögensobjecte, welche statutenmäßig zur vorzugsweisen Deckung der Pfandbriefe zu dienen haben, kann nur mit Zustimmung des der emittirenden Anstalt beigegebenen Regierungscommissärs verfügt werden; es muß also auch eine dazu dienende Tabularurkunde von diesem Regierungscommissär mitunterzeichnet sein. Die Gläubiger der Anstalt, die nicht Pfandbriefsbesitzer sind, können auf die zur Deckung der Pfandbriefe dienenden Objecte nur unbeschadet der Rechte der Pfandbriefsbesitzer greifen. Zur Wahrung der Rechte der letzteren kann auch ein gemeinsamer Curator bestellt werden. In Ansehung der Anstalten, die künftig zur Ausgabe von Pfandbriefen autorisirt werden, gilt die Regel, daß an den zur Caution bestellten grundbücherlichen Objecten die Caution bücherlich auszuzeichnen ist, während Geld und Werthpapiere als Cautionsobjecte unter der Mitsperre des Regierungscommissärs zu verwahren sind. Zur Erwirkung der Löschung des Cau-

In gleicher Weise haftet, wenn ein Ordrepapier intabulirt wird, die Hypothek nicht blos für einen bestimmten Gläubiger, sondern für jeden gehörig legitimirten Besitzer des Papiers, und mit der (durch Indossament erfolgenden) Uebertragung der dem letzteren anklebenden Forderung wird auch das Pfandrecht ipso jure übertragen. Das gilt insbesondere für hypothekarisch sichergestellte Wechsel.[29])

Unter den gleichen Voraussetzungen, unter welchen die Uebertragung des bücherlichen Eigenthumsrechtes an einen Anderen durch Verschweigung[30]) stattfindet, greift diese Uebertragungsart auch beim bücherlichen Pfandrecht Platz (G.-B.-G. §§. 62—67), z. B. wenn die Satzumschreibung wegen Nichtigkeit des Titels ungiltig ist u. s. w.

Das an Grundstücken, die im öffentlichen Buche nicht vorkommen,

---

tionsbandes genügt die amtliche Bestätigung des Regierungscommissärs, daß das belastete Object aufgehört habe, als Caution zu dienen; von der Eintragung sowie von der Löschung ist lediglich der Regierungscommissär zu verständigen.

29) Würde auch die Intabulation der späteren Indossamente gefordert, so wäre der Zweck gleichwohl verfehlt, da das Indossament nur im Zusammenhange mit der Besitzübertragung des Wechsels die Wechselforderung überträgt, diese Besitzübertragung aber aus dem Grundbuche nicht ersichtlich wäre. — Für die Zulässigkeit der Intabulation eines Wechsels oder sonstigen Ordrepapiers zu Gunsten des jedesmaligen Indossatars (also einer unbestimmten Person) spricht neben der Analogie der Inhaberpapiere auch der Vorgang bei Intabulation von Prädialservituten. Auch diese werden nicht auf den Namen eines bestimmten Servitutsberechtigten, sondern zu Gunsten des jedesmaligen Eigenthümers des herrschenden Grundstücks eingetragen, und eine Umschreibung derselben im Falle eines Besitzwechsels findet nicht statt. Das Gleiche gilt überhaupt für intabulirte Realrechte. Dadurch beheben sich die von Götze G.-Z. 1859 Nr. 40 und in der Entsch. G.-Z. 1867 Nr. 79 [fehlt in den Sammlungen] erhobenen Bedenken.

30) Die translative Tabularersitzung des früheren Rechts beruhte in Kürze auf nachstehenden Grundsätzen: Die Intabulation der Cession übertrug auf den Cessionar Forderung und Pfandrecht nur, wenn der eingetragene Cedent Pfandgläubiger war. War nicht er, sondern ein Anderer der wirkliche Pfandgläubiger (z. B. eine intabulirte Forderung gelangte auf Grund eines nichtigen Vermächtnisses in den Tabularbesitz des vermeintlichen Legatars, der sie weiter cedirt), so erwarb auch der redlich handelnde Cessionar durch die Intabulation noch kein Pfandrecht (§. 442); aber er erlangte dadurch den sog. rechtmäßigen Tabularbesitz des Pfandrechts (§§. 441, 445), welcher durch die gehörige Zeit fortgesetzt, durch translative Tabularersitzung zum Pfandrechts-Erwerbe führte. Dazu war erforderlich nebst dem Eingetragensein der Cessions- oder einer anderen Uebertragungs-Urkunde die Giltigkeit der letzteren, die Redlichkeit des Erwerbers und der Ablauf von 3 (bezw. 6) Jahren von der erfolgten ersten Eintragung an (also im vorigen Beispiel von der Eintragung des Legatars an. §§. 1460, 1467, 1472, 1475, Hofd. v. 29. Aug. 1818 §. 4). Im Falle der Ungiltigkeit der eingetragenen Cession, des Vermächtnisses u. s. w. konnte die Tabularersitzung vom redlichen Erwerber erst nach 30—40 Jahren vollendet werden (§. 1477); doch fand nach Hofd. cit. auch hier eine begünstigende Zeiteinrechnung statt. (So Entsch. G.-Z. 1853 Nr. 110, G.-H. 1865 Nr. 28 [Peitler 2. Aufl. Nr. 1209, Sammlung IV. Nr. 1995], wo die Ersitzung zu Gunsten des Cessionars vom Momente der ersten Intabulation der Forderung an berechnet wurde, obwohl der Cedent, da das Darlehen nie zugezählt worden war, die Ersitzung nie beginnen konnte. Maßgebend war der Wortlaut des cit. Hofdecrets. (Constitutive Ersitzung.)

durch gerichtliche Beschreibung erworbene Pfandrecht wird wie das Pfandrecht an Mobilien übertragen.

Bei der Uebertragung des Pfandrechts an Rechten ist zu unterscheiden, ob sie einen Gegenstand der öffentlichen Bücher ausmachen oder nicht. — Im ersten Falle erfolgt die Uebertragung wie bei eingetragenen Grundstücken, im letzteren wie bei Mobilien.

§. 287. Rechte und Beschränkungen des Pfandeigenthümers.

Durch die Entstehung des Pfandrechtes wird das Eigenthum der Pfandsache ein beschränktes. Diese Beschränkungen beziehen sich auf die positive, wie auf die negative Seite des Eigenthumsinhaltes.

In ersterer Beziehung darf der Pfandeigenthümer die Pfandsache nicht zum Nachtheile des Pfandgläubigers deterioriren[1]); der letztere hat gegen ein diese Pflicht verletzendes Beginnen ein Einspruchsrecht, eventuell auch das Recht, die Sequestration zu verlangen (§. 293 A. G.=O.)[2]); auch kann er, wenn das Pfand zur Bedeckung der Schuld nicht mehr zureichend erscheint, ein anderes angemessenes Pfand fordern (§. 458). Besteht die Deteriorirung in dem eigenmächtigen Niederreißen eines Baues, so kann der gefährdete Pfandgläubiger die Einstellung im summarischen Proceßwege verlangen (§. 342).[3]) Zugleich folgt aus dem Gesagten, daß auch ein dem verpfändeten Gute anklebendes accessorisches Recht (z. B. eine Prädialservitut) ohne Zustimmung des Pfandgläubigers nicht aufgegeben werden kann, und daß ein einseitiger Verzicht auf ein solches Recht zwar nicht überhaupt, aber doch dem Pfandgläubiger gegenüber[4]) unwirksam ist.[5])

Für zufällige Beschädigungen des Pfandgutes haftet der Eigenthümer nicht; auch ist er, wofern eine besondere Verabredung nicht ein Anderes bestimmt, zur Erhaltung oder Wiederherstellung desselben nicht verpflichtet; nur wenn ein gegen Feuersgefahr versichertes Gebäude durch Brand zerstört oder beschädigt wird, dürfen die Brandschadenvergütungsbeträge durch anderweitige Executionen ihrem Zwecke (der Wiederherstellung des Gebäudes) nicht entzogen werden, sondern es können die Hypothekargläubiger

---

1) Zeiller ad §. 458 Nr. 1, 2, Unger I. S. 529 Note 71. Die Frage ist nur bei Hypotheken von practischem Belang.

2) Vgl. Tuma in Petruska's Ztschr. V. Nr. 37 und Entsch. G.=Z. 1860 Nr. 85 [= Sammlung III. Nr. 1121].

3) Denn §. 340 gibt dieses Recht dem Besitzer eines dinglichen Rechtes, und ein solcher ist der intabulirte Gläubiger nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes allerdings.

4) Der Verzichtende darf das Recht allerdings nicht mehr ausüben, aber der Pfandgläubiger kann das Pfandgut, wenn es zur Veräußerung kommt, sammt der Activservitut an den Käufer gelangen lassen.

5) Vgl. Nagel in Petruska's Ztschr. VI. Nr. 19. Aus dem gleichen Grunde kann der Gläubiger auch eine Forderung, die er verpfändet hat, dem Schuldner zum Präjudiz des Pfandgläubigers nicht erlassen. Arg. G.=B.=G. §. 51.

verlangen, daß die Entschädigung zur Herstellung des Gebäudes verwendet werde (Hofd. v. 18. Juli 1828 Nr. 2351 J.-G.-S.).[6])

Die negative Seite des Eigenthumsinhaltes (das Recht, jeden Dritten auszuschließen) erscheint insoferne eingeschränkt, als der Eigenthümer, wenn die Schuld nicht rechtzeitig bezahlt wird, den Verkauf der Pfandsache dulden muß; beim Faustpfande muß er schon vom Momente der Bestellung des Pfandrechtes die fremde Detention zulassen.

Dagegen bleiben trotz des Pfandnexus folgende Befugnisse dem Pfandeigenthümer ungeschmälert:

1) Das Recht des Fruchtbezuges (§§. 457, 1372)[7]), und zwar kann er dasselbe entweder selbst oder durch Andere, z. B. im Wege der Bestandgabe ausüben. Sind auch die unabgesonderten Früchte als Theile der Pfandsache dem Pfandnexus unterworfen, so daß sie bei der gerichtlichen Feilbietung der letzteren mit ihr veräußert werden, so hat doch der Pfandgläubiger kein Recht, dem Eigenthümer, so lange das Pfandrecht noch nicht im Stadium seiner Ausübung ist, die Absonderung und Verwendung der Früchte zu eigenen Zwecken zu verwehren, denn der Pfandgläubiger hat ein Recht nur erworben auf den Verkaufswerth der Pfandsache zur Zeit des gerichtlichen Verkaufes.

2) Die Befugniß, die Sache ganz oder theilweise an Andere eigenthümlich zu überlassen (§. 466)[8]), oder sie noch weiter pfandrechtlich zu belasten; auf die letztere Befugniß kann bei Immobilien nicht einmal giltig verzichtet werden (§. 1371).[9]) Auch gegen Belastungen mit Servituten haben Pfandgläubiger kein Einspruchsrecht, da ihnen nach den über Collisionen dinglicher Rechte geltenden Grundsätzen eine spätere Servitut nicht schaden kann (§. 486).[10]) Das Veräußerungsrecht begreift in sich auch das Recht zur Theilung eines liegenden Gutes; enthält sie nicht eine Verschlimmerung des Gutes, so können sich die Pfandgläubiger derselben nicht widersetzen, und es erstreckt sich das Pfandrecht nun eben auf alle einzelnen Theile (§. 847).[11]) Anders jedoch im Falle gerichtlicher Pfän-

---

6) Der Zweck dieses Gesetzes ist die möglichste Sicherung der auf dem Gebäude hypothekarisch versicherten Gläubiger. Vgl. noch unten §. 290 a. E.

7) Vangerow I. §. 384 (S. 992).

8) Nach röm. R. ist die Veräußerung nichtig, wenn der Pfandschuldner sich des Rechts dazu ausdrücklich begab, und sie wird als Diebstahl betrachtet, wenn der Pfandschuldner eine in einem Specialpfand befangene bewegliche Sache ohne Einwilligung des Creditors veräußert (Vangerow I. §. 384 S. 991).

9) Vgl. Pr. A. L.-R. I. 20 §. 439, dem diese Bestimmung entnommen ist.

10) Anders nach gem. R. Mittermaier 5. Aufl. §. 266 I.

11) Nicht entgegen das Pat. v. 1. Sept. 1798 Nr. 432 J.-G.-S. (Winiwarter Hdb. II. S. 302), indem es nur lastenfreie Hintanverkäufe einzelner Stücke dominicaler Gutskörper im Auge hat. In einer Entsch. G.-H. 1867 Nr. 65 [fehlt in den Sammlungen] wurde jedoch unter Berufung auf eine (nicht kundgemachte) J.-M.-V. v. 6. Juni 1866 Z. 5929 entschieden, daß auch zur Zerstückelung von Rusticalgründen, auf welchen Satzposten haften, die Zustimmung der Gläubiger selbst dann nothwendig sei, wenn die Satzposten auf die einzelnen Stücke übertragen werden. Jetzt kann indessen die Richtigkeit der im Text gegebenen Entscheidung nach Ges. v. 6. Febr. 1869 Nr. 18 R.-G.-B. §. 1 nicht zweifelhaft sein.

dung von Fahrnissen[12]), die in der Verwahrung des Schuldners belassen werden. Diesfalls ist jede Veräußerung untersagt, und sie würde als Veruntreuung geahndet werden (St.-G.-B. §. 183 [s. aber jetzt Gesetz v. 25. Mai 1883 Nr. 78 R.-G.-B.]).

§. 288. Rechtsverhältnisse der Pfandgläubiger zu einander.

Ist dieselbe Sache mehreren Pfandgläubigern verhaftet, so können rücksichtlich der Ausübung ihrer Rechte Collisionen zwischen ihnen entstehen. Darüber gelten folgende Grundsätze:

1) Reicht das Pfand zur Befriedigung Aller nicht aus, so entscheidet der Regel nach unter ihnen die Priorität der Erwerbsthatsache (nicht die Priorität des Inslebentretens des Pfandrechts). Bei Hypotheken ist demnach entscheidend die Priorität der Pfandrechtsintabulation, welche sich ihrerseits wieder nach dem Zeitpunkte des Einlangens des Intabulationsgesuches bei der Realinstanz bestimmt[1]), — bezw. im Falle der Anmerkung der Verpfändungsabsicht nach §. 53 fg. G.-B.-G. nach dem Zeitpunkte des Ansuchens um diese Anmerkung, wofern binnen 60 Tagen von der Bewilligung des Ansuchens das Gesuch um Eintragung des Rechts, für welches die Rangordnung angemerkt wurde, angebracht wird.

Bei beweglichen Sachen ist entscheidend die Priorität der Pfandtradition an den Gläubiger, bezw. (bei gerichtlicher Pfändung) der pfandweisen Beschreibung, oder endlich des sonstigen Bestellungsactes (§. 470 b. G.-B., C.-O. §§. 31, 38), — bei verpfändeten Forderungen die Priorität der Tradition der Schuldurkunde, und in Ermangelung einer solchen die Priorität der (der mündlichen oder schriftlichen Verpfändung nachfolgenden) Verständigung des verpfändeten Schuldners.

Bei gerichtlich erlegten öffentlichen Obligationen und Coupons entscheidet die Priorität des bei dem verwahrenden Gerichte angebrachten Executionsgesuches[2]); rücksichtlich der ohne Coupon zu erhebenden Zinsen,

---

12) Auf Grundstücke bezieht sich dieses Verbot nicht. Entsch. G.-Z. 1860 Nr. 85 (oben Note 2).

1) Pat. v. 12. Dec. 1785 Nr. 503 J.-G.-S., böhm. Landt.-Pat. §. 16, G.-B.-G. §§. 29, 103 (daher gleichzeitig überreichte Gesuche gleichen Rang wirken). Dies gilt auch dann, wenn das in erster Instanz abgewiesene Intabulationsgesuch im Recurswege bewilligt wird (G.-B.-G. §. 132, Pat. v. 14. Febr. 1804 Nr. 652 J.-G.-S.). Wird die Satzpost gelöscht, dann aber im Recurswege wieder hergestellt, während mittlerweile ein neuer Gläubiger intabulirt worden ist, so behält sie ihre Priorität, ohne daß sich der neue Gläubiger auf sein Vertrauen in das öffentliche Buch (welches ihn ja durch die Anmerkung des Recurses auf die Sachlage aufmerksam macht — §. 129 G.-B.-G.) berufen könnte (Wehli G.-H. 1869 Nr. 12; anders das sächs. Hyp.-Ges. v. 1843 §. 23 Nr. 6 und die preuß. Hyp.-O. II. §§. 285—288). Anders war es, wenn gegen die versäumte Recursfrist Wiedereinsetzung erwirkt worden war: Hofd. v. 8. Jänner 1795 Nr. 213 J.-G.-S. Entsch. G.-Z. 1862 Nr. 134 [= Sammlung IV. Nr. 1532]; nach §. 82 G.-B.-G. kann der letztere Fall nicht mehr vorkommen.

2) Eigentlich die Priorität der Anmerkung in den Büchern des Depositenamtes, welche aus der Angabe der Zeit und Nummer erhellt; damit aber keine Parteilichkeit vorkomme, ist das Ge-

ferner der sonstigen bei öffentlichen oder Fondscassen zu erhebenden Gelder die Priorität der Zustellung der gerichtlichen Verordnung bei der betreffenden Casse (Min.-Vdg. v. 2. Juli 1859 Nr. 120, 9. Mai 1860 Nr. 125 R.-G.-B.)[3])

Daß die Priorität der Bestellung des Pfandrechts, oder genauer: die Priorität der ein gegenwärtiges oder künftiges Pfandrecht begründenden Thatsache, nicht der Moment, in welchem das Pfandrecht wirklich ins Leben tritt, über das Vorzugsrecht des Gläubigers entscheidet, beweisen auch §§. 1101 und 1121 b. G.-B., wo in dem Augenblicke, der für den Rang des Pfandrechts der entscheidende ist, jene Forderung noch gar nicht zu bestehen braucht, zu deren Deckung das fragliche Pfandrecht bestimmt ist. Daraus folgt aber überhaupt, daß das für eine bedingte oder betagte Forderung bestellte Pfandrecht seine Rangordnung gleichfalls nach dem Zeitpunkte seiner Bestellung, nicht aber nach dem der erfüllten Bedingung oder des eingetretenen Termins genießt[4]); das Gleiche gilt auch dann, wenn für eine künftige Forderung ein Pfand bestellt wurde[5]), selbst wenn der Fall so liegt, daß Gläubiger und Schuldner noch in keiner Weise gebunden sind, sich an dem künftigen (in Aussicht genommenen) Geschäfte zu betheiligen.[6])

Mit dem Capitale genießen die gleiche Rangordnung auch die dreijährigen Zinsen, die Proceß- und Executionskosten (§§. 16, 17 G.-B.-G.);

---

richt (analog den Bestimmungen der §§. 438, 440 b. G.-B.) angewiesen, nach der Priorität der gestellten Ansuchen vorzugehen — eine singuläre Bestimmung, die sich eben darum nicht ausdehnen läßt auf den Fall der von verschiedenen Gläubigern gegen denselben Schuldner angesuchten pfandweisen Beschreibung seiner Fahrnisse. — Ueber die verschiedenen Ansichten vgl. Peitler G.-Z. 1866 Nr. 58, 59. Aus der Praxis: Entsch. G.-Z. 1862 Nr. 18 [= Sammlung III. Nr. 1368] (Renten eines Grundentlastungscapitals; entscheidend der Zeitpunkt des Gesuches); ebenso Entsch. G.-Z. 1859 Nr. 117 [= Sammlung II. Nr. 758 cf. I. Nr. 7] (gerichtliches Depositum); Entsch. G.-Z. 1859 Nr. 96 [= Sammlung II. Nr. 973] (andere Depositen: entscheidend der Zeitpunkt der Zustellung an die betreffende Casse); Entsch. G.-Z. 1867 Nr. 47 [= Sammlung V. Nr. 2558] (Depositum beim Strafgericht; entscheidend der Zeitpunkt der Zustellung des Executionsbescheides an das um Veranlassung der Pfandrechtsanmerkung ersuchte Strafgericht); Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 78 [= Sammlung VI. Nr. 3051] (gerichtlich deponirte Verlassenschaftsgelder; entscheidend der Zeitpunkt der Ueberreichung des Gesuches bei Gericht).

3) S. auch G.-Z. 1872 Nr. 71, Jud.-B. Nr. 11 [= Sammlung II. Nr. 973].

4) Keller §. 194.

5) Vangerow I. §. 372 (S. 954), Arndts §. 384. Hieher gehören die sog. Cautionserläge. Insbesondere ist sofortige Intabulation des Pfandrechts zulässig, wenn z. B. unter Geschäftsleuten, welche die Absicht haben, mit einander in Verkehr zu treten, verabredet wird, daß für die aus diesem Verkehr sich möglicherweise entwickelnden Forderungen (für einen zu gewährenden Credit u. dgl.) bis zu einem gewissen Betrage auf einem Grundstücke des künftigen Schuldners eine Hypothek bestellt werde (G.-B.-G. §. 14). Darum haftet auch die vom Notar erlegte Caution für seine aus der Amtsführung erwachsenden Entschädigungsverpflichtungen und Zahlungen (Not.-O. v. 25. Juli 1871 Nr. 75 R.-G.-B. §. 25).

6) Entsch. G.-Z. 1856 Nr. 62 [= Sammlung I. Nr. 168]. Nach röm. R. datirt in Fällen dieser Art die Priorität vom Momente der Entstehung der Forderung. (Vangerow und Arndts a. a. O.)

ebenso genießen bei intabulirten Renten dreijährige Rentenrückstände gleiche Rangordnung mit dem Bezugsrechte selbst (G.-B.-O. §. 18, C.-O. §. 34). Aeltere Rückstände an Zinsen und Renten genießen nur ein allen Hypothekargläubigern nachstehendes Pfandrecht (C.-O. §. 35, s. auch §. 31 Nr. 3 ebenda).

Auf der nach dem Zeitpunkte der Entstehungsthatsache sich bestimmenden Rangordnung beruht auch das sog. Vorrückungsrecht der intabulirten Gläubiger, d. h. der ihnen zukommende Vortheil, bei Erlöschung eines vorausgehenden Pfandrechts[7]) in die leer gewordene Stelle einzurücken, so daß der bis dahin z. B. Zweiter gewesene Pfandgläubiger nun der erste wird. Der Pfandeigenthümer kann diese Stelle nicht etwa für ein neu aufzunehmendes Capital reserviren[8]), außer mit Zustimmung aller nachfolgenden Gläubiger; und zwar muß diese Zustimmung in tabularmäßiger Form ausgestellt und intabulirt werden (sog. Satzweichung.[9]) Wohl aber ist zulässig die Cession der in der besseren Priorität stehenden Forderung mit Aufrechthaltung ihres Ranges, ja auch die Cession einer bereits bezahlten, aber bücherlich noch haftenden Forderung unter Mitwirkung des Schuldners[10]), oder die Wiederherstellung einer solchen durch Wiederempfang des bereits bezahlten Schuldbetrages.[11]) Näheres darüber unten.[12]) Auf dieser Rangordnung beruht auch der Satz, daß an einer vorausgehenden Satzpost durch nachträgliches Uebereinkommen zwischen Gläubiger und Schuldner keine den späteren Satzgläubigern nachtheilige Veränderung getroffen werden kann.[13])

Die eben dargestellten Grundsätze über die Priorität sind jedoch nicht ausnahmslos geltende. Ausnahmen[14]) werden hervorgerufen durch

---

7) Auch die Erlöschung eines anderen auf derselben Sache haftenden vorausgehenden jus in re (z. B. eines Fruchtgenusses) gewährt den späteren Pfandgläubigern ähnliche Vortheile. Vgl. Arndts §. 368, Keller §. 198.

8) Gerber Syst. §. 151 a. E.

9) Vgl. Entsch. G.-H. 1863 Nr. 12 [= Sammlung IV. Nr. 1659], G.-B.-G. §. 30.

10) Die Hypothek erlischt eben nicht schon durch die Zahlung der Schuld, sondern erst durch die bücherliche Löschung. Vgl. vorläufig Stubenrauch II. S. 131 bis 133, Entsch. G.-Z. 1863 Nr. 62 [= Entsch. in Note 9].

11) Vgl. Nippel Ztschr. f. R. u. St. 1826 I. S. 145 fg.

12) Ueberhaupt hat ein späterer Hypothekargläubiger kein Recht, eine frühere Hypothek zu bestreiten. So Dierl Jurist IV. S. 263 fg.

13) Z. B. Zinsenberedung rücksichtlich einer bis dahin unverzinslichen Schuld, Erhöhung der Zinsen, Verzichtleistung auf Einwendungen. Soll ein durch Pfandrechtsintabulation sichergestelltes Heirathsgut für gewisse Fälle dem Manne verbleiben, so kann er auf dieses Anfallsrecht nicht verzichten. Es kann nicht Zahlung in Silber statt in Papier verabredet werden u. dgl. (J. R. in G.-Z. 1873 Nr. 53).

14) Zu diesen Ausnahmen gehören aber nicht die Collisionsfälle hypothecirter Forderungen mit Forderungen, welche aus anderen als den im Text angeführten Gründen bevorzugt sind, wie gewisse an einem Grundstück mit einer gewissen Priorität haftende Forderungen, als Percentualgebühren, Feuerlöschkosten u. s. w. Zu diesen bevorzugten Forderungen gehören nach Hofd. v. 19. Nov. 1839 Nr. 388 und §. 1042 b. G.-B. auch die Kosten einer executiven Licitation, nach Pl.-Entsch. G.-H. 1868 Nr. 9 [= Sammlung VI. Nr. 2852] auch die der Relicitation.

die sog. Pfandprivilegien, vermöge deren gewisse, wenngleich später erworbene Pfandrechte den älteren vorgehen.[15]) Solche Privilegien genießen nach östr. Recht die dreijährigen Grund- und Hausſteuerrückstände, die nicht über drei Jahre aushaftenden Uebertragungsgebühren und die Grundentlastungsentschädigung.[16]) Die Verjährung des Vorzugsrechtes wird in Ansehung der Uebertragungsgebühren durch Anwendung der gesetzlichen Executionsmittel unterbrochen.[17]) Eine ähnliche Ausnahme, kraft deren der spätere Pfandgläubiger dem früheren vorgeht, tritt ein, wenn derjenige, dem der Pfandgläubiger das Pfand anvertraut hat, dasselbe weiter verpfändet (arg. §. 456 b. G.-B.).[18])[19])

2) Jeder der mehreren Pfandgläubiger, auch der nachstehende, hat das Recht, das ganze Pfand in Execution zu ziehen (§. 461); er kann dadurch die Eventualität herbeiführen, daß die durch den Kaufpreis nicht gedeckten Gläubiger[20]) ihr Pfandrecht verlieren und ebenso Servitutsberechtigte leer ausgehen (§. 1121), wenn der Werth der Pfandsache nicht ausreicht.[21])

3) Um Benachtheiligungen vorzubeugen, welche sich aus der Regel sub 2 ergeben könnten, hat jeder Pfandgläubiger gegen den exequirenden Pfandgläubiger das sog. Einlösungs- oder Anbietungsrecht (jus offerendi), d. h. er kann dessen Forderung vor der Feilbietung einlösen und dadurch die letztere abwenden (§. 462).[22]) Die Pfandgläubiger

---

15) Nach röm. R. genießen Pfandprivilegien: der Fiscus wegen rückständiger Steuern, die Frau wegen der Dos, und das Pfandrecht wegen in rem versio. Vangerow §. 386.

16) Die diesfälligen Gesetze s. oben in der Lehre vom Pfandrechtserwerbe. Nach Entsch. G.-H. 1869 Nr. 29 [= Sammlung VII. Nr. 3296] haben auch die rückständigen Beiträge bei wechselseitigen Brandschaden-Versicherungsgesellschaften das Vorzugsrecht der l. f. Realsteuern.

17) Ob das Nämliche auch für die l. f. Steuer gelte? So Entsch. G.-H. 1863 Nr. 18 [= Samml. IV. Nr. 1555]; dagegen aber Hofd. v. 10. Sept. 1825 (Wessely I. Nr. 1705) und Entsch. G.-Z. 1870 Nr. 82 [= Samml. VIII. Nr. 3870].

18) Das gilt insbesondere, wenn eine gerichtlich gepfändete, aber nicht transferirte Sache vom Executen weiter verpfändet wird; ungeachtet er sich damit einer strafbaren Handlung schuldig macht, hat seine Verpfändung die bezeichnete Kraft (Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 9 [= Sammlung VI. Nr. 2867]). Ein gleiches Ergebniß tritt auch ein bei Uebersiedelung mit gerichtlich gepfändeten oder nach §. 1101 haftenden Fahrnissen in eine neue Wohnung (s. oben §. 257 a. E.)

19) Die für das Gebiet des Handelsrechts weiter bestehende Ausnahme (§. 40 C.-O.) ist hier nicht zu erörtern. Ueber die bei der Simultanhypothek sich ergebende Ausnahme (§. 37 C.-O.) siehe weiter unten sub Nr. 4.

20) Selbst ein dem exequirenden Gläubiger vorgehender (älterer) Gläubiger kann kraft dieses Rechtssatzes zu Schaden kommen.

21) Für das röm. R. ist die ganze Frage bestritten; während Bopp (Gießener Ztschr. III. S. 234 fg.) sie unbedingt bejaht, behauptet Vangerow §. 388 mit Berufung auf Trotsche, Löhr, Fritz und Sintenis, daß der nachstehende Pfandgläubiger dem vorgehenden gegenüber kein Veräußerungsrecht habe und die erfolgte Veräußerung nur giltig sei, wenn der bessere Pfandgläubiger vollkommen befriedigt wird.

22) Es liegt darin eine Ausnahme von der Regel des §. 1423 b. G.-B., wonach dem Gläubiger ohne Einwilligung des Schuldners von einem Dritten die Zahlung nicht aufgedrungen werden darf. — Das Einlösungsrecht beginnt nach östr. R. erst mit der angesuchten Feil-

müssen von der angesuchten Feilbietung bei sonstiger Nullität derselben gerichtlich verständigt werden (Hofd. v. 6. Mai 1847 J.-G.-S. Nr. 1063), eben im Interesse der Ausübung dieses Rechts. Dasselbe steht nicht nur dem jüngeren gegen den älteren Pfandgläubiger, sondern auch umgekehrt dem älteren gegen den jüngeren zu[23]), obwohl meist nur der jüngere zur Ausübung dieses Rechtes schreiten wird. Nach vollendeter Feilbietung cessirt das Einlösungsrecht, und es kann auch eine neuerliche Feilbietung von einem anderen Pfandgläubiger — den Fall der Relicitation wegen Vertragsbrüchigkeit des Erstehers ausgenommen — nicht verlangt werden.[24])

4) Eigenthümliche Collisionen können bei sog. Simultan- oder Verbandhypotheken entstehen. Man spricht von einer Simultanhypothek[25]), wenn für dieselbe ungetheilte Forderung mehrere Pfandsachen z. B. zwei oder mehrere Grundbuchskörper oder Hypothekarforderungen haften. Der Gläubiger ist hier berechtigt, die Bezahlung seiner ganzen Pfandforderung aus jeder der mehreren Pfandsachen nach eigener Wahl zu verlangen (G.-B.-G. §. 15).[26]) Dieses Wahlrecht hat der Pfandgläubiger, mag er selbst oder ein anderer Pfandgläubiger auf die simultan

---

bietung, während es nach röm. R. dem Gläubiger ohne Rücksicht auf eine beabsichtigte Execution zusteht (Vangerow I. S. 971, 972, Keller §. 209). Uebrigens ist dasselbe nicht auf Hypothekargläubiger beschränkt, wie Ellinger ad §. 462 behauptet, und wie man wegen des Ausdruckes „eingetragenen" allerdings glauben könnte. S. auch die folgende Note.

23) Ebenso nach röm. R.; Vangerow und Keller a. a. O. — Nach östr. R. haben das jus offerendi auch: a) der Miteigenthümer eines gesetzlich untheilbaren Gutes (Hofd. v. 21. Oct. 1796 Nr. 316 J.-G.-S.); b) der Servitutsberechtigte (Nagel in Petruska's Ztschr. VI. Nr. 19); c) sonstige Besitzer eines bücherlichen Rechtes, daher auch eines intabulirten Vorkaufs- oder Bestandrechts, wegen Gleichheit des Grundes; d) der Bürge, sowie der Solidar-Mitschuldner des Executen. Vgl. Kopezky Ztschr. f. R. u. St. 1834 II. S. 1 fg.

24) Sammlung I. Nr. 233.

25) Darüber Kopezky Ztschr. f. R. u. St. 1836 I. S. 181 fg., 245 fg. und 1837 I. S. 327, Zlobizky ebda. 1839 I. S. 129 fg., Blitzfeld G.-Z. 1859 Nr. 43—48, Schuster in Haimerl's Mag. XVI. S. 99 fg., J. R. in G.-Z. 1873 Nr. 49, 50, Winiwarter II. S. 253—256, Ellinger ad §. 454, 467, Stubenrauch II. S. 43, 62—64, 99—101, 112, 133, Kirchstetter S. 223—225; Guyet im civ. Arch. XVIII. S. 368 fg., Brakenhoeft Rechtslex. V. S. 418 bis 420, civ. Arch. XLIII. S. 251 fg., Fontenay ebda. XXXVII. S. 166 fg., LIII. S. 308 fg., Simon ebda. XLI. S. 360 fg., Luden ebda. LIII. S. 1 bis 47, Windscheid §. 241 Note 1. Weitere Literatur bei Windscheid a.a.O. und Dernburg Pfandr. II. S. 486 Note 7.

26) Vgl. ung. G.-B.-G. §. 106, Schuster, Winiwarter, Ellinger und Stubenrauch a. a. O. L. 8. D. de distr. pign. 20. 5. Dieses Wahlrecht war mit Hinsicht auf den Satz: malitiis non est indulgendum bestritten von Blitzfeld a. a. O. — Die gleiche Berechtigung hat der Gläubiger auch, wenn das verpfändete Grundstück nachträglich an mehrere Grundeigenthümer gelangt; verfällt einer von ihnen in Concurs, so kann die ganze intabulirte Forderung gegen die Concursmasse geltend gemacht werden: Entsch. G.-Z. 1858 Nr. 26, 1859 Nr. 112 [= Samml. I. Nr. 241, II. Nr. 995].

hypothecirten Objecte Execution führen[27]), und es kann ihm auch dadurch nicht verkümmert werden, daß ein späterer Pfandgläubiger, dessen Forderung nur auf eines der mit einander haftenden Objecte versichert ist, durch die Bezahlung des Simultanhypothekargläubigers aus dieser Hypothek in Verlust gesetzt wird[28]); auch kann dem Simultanpfandgläubiger nicht verwehrt werden, auf eine der mehreren ihm zustehenden Hypotheken zu verzichten, obwohl diese Verzichtleistung, da er nun genöthigt ist, seine Befriedigung aus dem Werthe der anderen Hypotheken zu entnehmen, späteren Gläubigern ebenso nachtheilig werden kann, wie die Ausübung des Wahlrechts.[29]) Das Wahlrecht entfällt nicht einmal im Falle des gleichzeitigen executiven Verkaufes der mehreren simultan haftenden Objecte, oder im Falle des Concurses, wo sie gleichfalls sammt und sonders zu Gelde gemacht werden (§. 37 C.-O.)[30]), weil dem Gläubiger auch in diesen Fällen der Verzicht auf einzelne Hypotheken ungezweifelt nicht verwehrt werden kann, in diesem Verzicht aber practisch auch schon die Ausübung des Wahlrechts enthalten ist. Nur dann, wenn in den bezeichneten beiden Fällen der Gläubiger die Wahl gar nicht getroffen hätte, ist der Richter verpflichtet, das Interesse der nachfolgenden Gläubiger nach Möglichkeit zu berücksichtigen und zu diesem Ende die simultan haftende Forderung auf die mehreren Pfänder auf solche Art zu vertheilen, wodurch dieser Zweck am besten erreicht wird. Vor der C.-O. von 1868 war dies wohl nach den Anforderungen des einzelnen Falles zu beurtheilen und somit ein Vertheilungsmodus zu wählen, wodurch jede Parteilichkeit hintangehalten wurde.[31]) Nach §. 37 C.-O. ist der Simultanhypothekar-

27) Entsch. G.-Z. 1865 Nr. 27, G.-H. 1869 Nr. 62 (= G.-Z. 1872 Nr. 19) [= Sammlung V. Nr. 2113, VII. Nr. 3301].

28) Die Conc.-O. hat aber zur Milderung der Nachtheile, die aus dem Wahlrechte des Simultanpfandgläubigers für die nachstehenden Pfandgläubiger erwachsen, bestimmt: der in Verlust gesetzte spätere Pfandgläubiger kann fordern, daß aus den übrigen simultan hypothecirten Gütern derjenige Betrag, welcher auf seine Forderung entfallen wäre, wenn der Verbandhypothekargläubiger sich aus allen ihm simultan verpfändeten Objecten nach Verhältniß der einzelnen Bedeckungsreste befriedigt hätte, ausgeschieden und an ihn abgeführt werde. Sind die übrigen Güter zu der Zeit, da der Simultanhypothekar seine Befriedigung aus dem einen verkauften in Anspruch nimmt, noch nicht verkauft, so tritt der Anspruch des späteren Gläubigers in die Rangordnung, welche dem zum Besten der getilgten Forderung bestehenden Pfandrechte an diesen anderen Gütern zustand, und ist in derselben auch einzuverleiben. C.-O. §. 37.

29) Entsch. bei Kitka in Haimerl's Mag. XI. S. 190 fg.; a. A. Blitzfeld a. a. O., zum Theil auch Ellinger ad §. 467.

30) Entsch. G.-Z. 1860 Nr. 92, 1861 Nr. 17, 1865 Nr. 27 [= Samml. III. Nr. 1082, 1200, V. Nr. 2113]; Schuster a. a. O., Stubenrauch S. 100; a. A. waren Kopezky, Winiwarter und (wenigstens für den Concursfall) die meisten gemeinrechtlichen Schriftsteller. Vgl. Luden S. 3, Windscheid §. 241 Note 1. — Für das heutige österreichische Recht kann die Richtigkeit des im Text Gesagten nicht zweifelhaft sein; §. 37 C.-O.: „. . . Es steht dem Gläubiger frei, seine Befriedigung aus einem einzelnen Gute oder aus mehreren derselben zu verlangen . . .“

31) Worin der Vertheilungsmodus zu bestehen habe, war sehr bestritten. Die Einen schlugen als Maßstab vor das Verhältniß der nach Befriedigung der

gläubiger aus den einzelnen Gütern nach Verhältniß der für ihn erübrigenden Bedeckungsreste zu befriedigen.[32]) Was §. 37 C.-O. nur für Concursfälle vorschreibt, ist analog auch auf Executionsfälle anzuwenden.[33])

Gelangen die einzelnen simultan verpfändeten Objecte an verschiedene Eigenthümer, so ändert dies selbstverständlich[34]) an dem Wahlrechte des Gläubigers nichts; führt der Gläubiger Execution nur gegen Einen dieser Eigenthümer und erzielt beim executiven Verkauf einen Erlös, der seine Forderung vollkommen deckt, so ist er doch — um einen späteren Gläubiger zu begünstigen — berechtigt, nur einen Theil seiner Forderung aus dem verkauften Grundstücke zu decken und sich bezüglich des Restes die Haftung des einem anderen (nicht geklagten) Eigenthümer gehörenden Pfandobjectes vorzubehalten, ohne daß der letztere gegen eine solche Vertheilung der Haftung ein Einspruchsrecht hätte.[35]) Hat der Gläubiger aus einem der Güter seine volle Befriedigung erlangt, so kann — dies bedarf wohl keiner näheren Ausführung — demjenigen, aus dessen Gute der Gläubiger befriedigt wurde, wenn er nicht zugleich der Personalschuldner war, ein Rückersatzrecht gegen einen Mithaftenden[36]) vorerst nach Maßgabe eines besonderen, zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses gebühren[37]); besteht aber ein solches Verhältniß nicht[38]), dann hat er den Regreß gegen die Mithaftenden nach dem Maße, als sie sich sonst

---

(dem Simultanhypothekar) vorausgehenden Gläubiger übrig bleibenden Bedeckungsfonde (so Brackenhoeft und Gspan Gesetzmäßige Befriedigung concurrirender Gläubiger); Andere das Verhältniß der Beträge, die der Simultangläubiger aus den einzelnen Hypotheken erhalten hätte (so Winiwarter mit Berufung auf Guyet); noch Andere das Verhältniß der Meistbotspreise der einzelnen Hypotheken (so Blitzfeld arg. der die Häuserzerstückungen verbietenden Verordnungen vom 8. Febr. 1853 Nr. 25, 18. Aug. 1855 Nr. 144, 29. Oct. 1857 Nr. 211, 27. Dec. 1856 Nr. 1 ex 1857 R.-G.-B., wonach, wenn einzelne getrennte Häusertheile wieder vereinigt werden, im Falle eines executiven Verkaufes des Gesammthauses „der Erlös nach dem Verhältnisse des besonderen Schätzungswerthes eines jeden Bestandtheils unter die darauf versicherten Gläubiger zu theilen ist"). Allein in diesem, wie in anderen Fällen wäre die Eventualität denkbar, daß ein Simultanhypothekargläubiger mit seiner Quote, oder ein Einzelgläubiger mit seiner Forderung durchfällt, obwohl noch ein aus einer anderen Hypothek erzielter Ueberelös vorhanden wäre — ein Fall, für welchen freilich Kopezky wie Blitzfeld Ausnahmen zulassen wollten.

32) §. 37 C.-O.: „. . . so hat jedes dieser Güter zur Befriedigung derselben (der durch Simultanhypothek gedeckten Forderung) mit jenem Theilbetrage beizutragen, welcher sich zu derselben verhält, wie der zu jedem einzelnen Gute nach Befriedigung der vorhergehenden Forderungen erübrigende Rest des Erlöses zu der Summe aller dieser Reste."

33) Spr.-Rep. Nr. 4 (in G.-Z. 1872 Nr. 89) [= Sammlung X. Nr. 4657].

34) Denn der Uebergang des Eigenthums der Pfandsache auf einen neuen Eigenthümer alterirt überhaupt das bestehende Pfandrecht nicht.

35) Entsch. O.-H. 1869 Nr. 4 [= Sammlung VI. Nr. 3036].

36) D. i. gegen den Personalschuldner und bezw. gegen die Eigenthümer der übrigen simultan haftenden Objecte.

37) So z. B. dem Käufer gegen den Verkäufer, dem Legatar gegen den Erben, dem Erben gegen einen Miterben.

38) Z. B. der Schuldner hat die verpfändeten Grundstücke an verschiedene Käufer veräußert, und ist nun selbst zahlungsunfähig.

mit seinem Schaden bereichern würden[39]), also gegen die Besitzer der übrigen simultan haftenden Objecte nach dem Verhältnisse, in welchem der Gläubiger aus jedem derselben befriedigt worden wäre, d. h. nach dem Verhältniß der Bedeckungsreste (arg. §. 1043 b. G.-B.).[40])

Die simultane Haftung einer Forderung auf mehreren Hypothekarobjecten muß zur Hintanhaltung von Irrungen[41]) bei jedem einzelnen Objecte bücherlich angemerkt werden[42]), und es ist hiebei die eine Einlage (regelmäßig die zuerst genannte oder die zuerst belastete) als Haupteinlage, die anderen als Nebeneinlagen zu bezeichnen (§. 106 G.-B.-G.). Der Gläubiger hat bei der Ausdehnung des für seine Forderung haftenden Pfandrechts die bereits bestehende Hypothek anzuzeigen, bei sonstiger Haftung für den aus der Unterlassung der Anzeige entstehenden Schaden (§. 107 ebda.); ebenso hat das Grundbuchsgericht seine Entscheidung (und wenn dieselbe durch das Obergericht aufgehoben wird, diese Aufhebung) dem Grundbuchsgerichte der Haupteinlage mitzutheilen (§. 109 ebenda).

Aenderungen an den simultan haftenden Pfandrechten durch Uebertragung, Beschränkung, Belastung, Löschung u. s. w. sind nur in der Haupteinlage einzutragen[43]); doch ist die theilweise oder gänzliche Löschung der Simultanhypothek hinsichtlich aller Hypothekarobjecte auch in allen Nebeneinlagen, und die Löschung des Pfandrechts hinsichtlich einzelner Nebeneinlagen in diesen anzumerken (§. 112 ebda.). Wird das Pfandrecht hinsichtlich der Haupteinlage gelöscht, so geht diese Eigenschaft auf eine Nebeneinlage über, und es ist dieser Umstand bei den übrigen Einlagen zu notiren (§. 113 ebda.).

Wurde nach eingetretener Wirksamkeit des Grundbuch-Gesetzes[44]) die Anmerkung der Simultanhaftung durch Verschulden des Gläubigers unter-

---

39) Die Meinungen über die Regreßfrage gehen sehr auseinander. Winiwarter II. S. 254, Stubenrauch II. S. 112, 113 und Kopetzky kennen hier kein anderes Mittel, als daß sich der Zahlende vom Gläubiger die Forderung gegen die Mithaftenden cediren lasse; allein eine Cession wäre nur vor der Zahlung wirksam, und so ist schon darum die Frage auf diesem Wege nicht erschöpfend zu lösen. Vgl. auch Entsch. G.-Z. 1859 Nr. 26, G.-H. 1863 Nr. 45 (= Samml. II. Nr. 593, IV. Nr. 1754]. Ellinger nimmt eine sog. correalitas realis an, die wenigstens in der Regel jeden Mithafter zur Tragung eines Kopftheils nöthigen würde, für deren Annahme aber, da ja die Besitzer der Güter nicht Schuldner sind, jeder gesetzliche Halt fehlt.

40) In der That hat ja auch hier Einer durch Aufopferung seines Vermögens von allen anderen eine Gefahr abgewendet. Den Maßstab für seinen Ersatzanspruch bildet eben darum die Größe der von jedem abgewendeten Gefahr, also das Verhältniß der Bedeckungsreste. Die Vermuthung des §. 839 gilt hier offenbar nicht.

41) Namentlich könnten leicht auf jedem der mehreren Objecte selbständige Supereinverleibungen und Cessionen eingetragen werden.

42) Früher war dies ausdrücklich nur vorgeschrieben in der böhm. Landt.-Instr. §§. 29 und 55 und in der ung. G.-B.-O. §. 107 fg.; die Bestimmungen der letzteren wurden das Muster, dem die der G.-B.-O. nachgebildet sind.

43) Wird also die Pfandforderung cedirt, so geschieht die Satzumschreibung nur in der Haupteinlage; ebenso erfolgt eine Superintabulation nur in dieser.

44) Vgl. Note 42.

lassen, und es erfolgen im Vertrauen auf das öffentliche Buch bei den einzelnen Einlagen Superintabulationen oder Satzumschreibungen (s. Note 41), so haftet der Gläubiger für den daraus hervorgehenden Schaden (§. 107 G.-B.-G.).[45]) Subsidiär haftet auch das Gericht der Syndicatsklage, wenn es unterlassen hat, die Verbandhaftung einem anderen Gericht pflichtmäßig anzuzeigen. Wenn aber Niemandem ein Verschulden vorgeworfen werden kann[46]), dann erfolgt die Befriedigung der mehreren concurrirenden (superintabulirten) Gläubiger nach dem Verhältnisse der Bedeckungsreste der simultan verpfändeten Grundstücke aus der ganzen Forderung.[47])

§. 289. Die Belastung des Pfandrechts.

Wie überhaupt die im Verkehr befindlichen Vermögensrechte (z. B. das Eigenthumsrecht), so kann auch das Pfandrecht Gegenstand einer rechtlichen Belastung sein. Und zwar erscheint das Pfandrecht belastet, so oft es die Forderung ist, zu deren Sicherstellung es dient, da es immer die juristischen Schicksale der Forderung theilt. Ist z. B. eine pfandrechtlich sichergestellte Forderung zum Fruchtgenuß gegeben, so ist naturgemäß auch das Pfandrecht Gegenstand der Fruchtnießung; das hat die practische Bedeutung, daß sich der Fruchtnießer zur Einbringung der ihm gebührenden Zinsen so weit an das Pfand halten kann, als die Sicherstellung der Forderung darunter nicht leidet.[1])

Der wichtigste und am meisten besprochene Fall der Belastung des Pfandrechts aber ist das sog. Afterpfandrecht (subpignus).[2]) Man versteht darunter den Fall der Verpfändung des Pfandrechts zur Sicherstellung einer Schuld des Pfandgläubigers gegenüber einem Dritten. Daß dies zulässig ist, beweist schon der allgemeine Satz, daß Alles, was Gegenstand des Verkehrs ist, auch verpfändet werden kann (§. 448). Mit der Verpfändung des Pfandrechts ist aber naturgemäß auch die Forderung mitverpfändet, da eine Trennung beider eine juristische Unmöglich-

---

45) Der Schuldner kann wegen solcher Doppeleintragungen nicht zur Doppelzahlung verhalten werden. So auch das im Einverständniß mit der Obersten Justizstelle erlassene Hofd. v. 7. März 1805 Z. 4401 (bei Aussez Grundb.-O. §. 425). Pl.-Entsch. G.-Z. 1872 Nr. 46 [= Sammlung X. Nr. 4430]: Eine durch Simultanhypothek bedeckte Forderung wurde bezahlt, die Hypothek aber nur auf Einem Grundstücke gelöscht. Ein Gläubiger des gewesenen Gläubigers erwirkte eine Superintabulation bei der auf dem anderen Grundstücke noch haftenden Forderung und klagte sie gegen den Schuldner ein. Die Klage wurde abgewiesen, da er aus der Nichtbewilligung der Superintabulation bei dem ersten Grundstücke die erfolgte Tilgung der Forderung ersehen konnte.

46) Man denke an Verbandhypotheken aus der Zeit vor dem G.-B.-G., wo dieser Fall leicht vorkommen kann.

47) Anders Ellinger a. a. O. kraft der von ihm angenommenen correalitas realis. Vgl. auch Stubenrauch S. 62.

1) Diese Rücksicht bringt es mit sich, daß nur auf die Früchte der Pfandsache Execution geführt werden kann.

2) Vgl. Unger I. S. 599 Note 12, Vangerow I. S. 927—930, Heimbach S. 75—77, Puchta §§. 208, 216, Arndts §§. 367, 382, Keller §. 192 a. E., §. 202, Holzschuher II. 1. S. 397 fg., Dernburg Pfandr. §. 61.

keit ist[3]); demnach ist die Verpfändung einer mit Pfandrecht bedeckten Forderung (pignus nominis) mit dem Afterpfandrecht vollkommen identisch[4]) — freilich ein bestrittener Satz, indem die Einen durch das Afterpfandrecht nur das Pfandrecht (ohne die Forderung) bestrickt sein lassen wollen[5]), Andere hingegen in der Afterverpfändung eine Verpfändung der Pfandsache selbst erblicken.[6]) Daß das Grundbuchsgesetz die Frage in dem hier vertretenen Sinne auffaßt, kann, namentlich nach §. 51[7]) desselben nicht wohl zweifelhaft sein.

Die Afterverpfändung geschieht dadurch, daß der erste Pfandgläubiger dem Afterpfandgläubiger das bewegliche Pfand übergibt, bezw. bei unbeweglichen Gütern die Pfandrechtsintabulation auf sein im öffentlichen Buche bereits eingetragenes Pfandrecht zu Gunsten des Afterpfandgläubigers vollziehen läßt; eine solche Eintragung pflegt man Superintabulation zu nennen.[8]) In Beziehung auf den Afterpfandgläubiger heißt die Pfandsache Afterpfand, bei Grundbuchsobjecten Afterhypothek im objectiven Sinne, der Afterpfandgläubiger wird im letzteren Falle auch Supersatzgläubiger genannt (§. 454). Selbstverständlich kann, obwohl §. 454 davon nicht spricht, ein Afterpfandrecht auch durch gerichtliche Pfändung (Superpfändung) entstehen. Ebenso bedarf es kaum der Bemerkung, daß zur Erwerbung des Afterpfandrechts durch Superintabulation alle jene Erfordernisse vorliegen müssen, die für andere Intabulationen vorgeschrieben sind, insbesondere also ein Pfandrechtstitel, ein dem ersten Pfandgläubiger zustehendes Pfandrecht, die Tabularurkunde. Es ist aber zulässig, daß sich die Afterverpfändung auf einen beliebigen Theil der verpfändeten Forderung beziehe (§. 13 G.-B.-G.). Hat der-

3) Dernburg a. a. O. So auch Winiwarter II. S. 251 fg. und Ellinger ad §. 455; ebenso Blitzfeld G.-Z. 1859 Nr. 44; dagegen vertritt den Satz, daß das Pfandrecht ohne die Forderung Gegenstand des subpignus sei, mit Aufwand von vielem Scharfsinn Sohm Die Lehre vom subpignus (1864) unter Zustimmung von Bekker in der krit. Vjschr. VI. S. 473 fg. Unklar Zeiller ad §. 455 und Stubenrauch II. S. 58.

4) Darin stimmen unsere Schriftsteller überein, daß in der Afterverpfändung die eventuelle Ueberlassung der Ausübung des Pfandrechts enthalten sei. Füger Adeliges Richteramt III. S. 350 und M. Füger Rechtswirkungen der bücherlichen Einträge S. 185 erklären die Afterverpfändung geradezu für eine Cession, — eine Vorstellung, die Klepsch Tabularrecht S. 35 für bewegliche Pfänder gleichfalls festgehalten wissen will, während er bei Satzforderungen diese als das Object des Afterpfandrechts ansieht und darum die Befriedigung (pignoris executio) nur im Wege des Verkaufes oder der Einantwortung der Satzforderung für zulässig erachtet. Entschieden gegen den Satz im Text Heimbach a. a. O.; eine eigenthümliche Ansicht über das pignus nominis bei Brackenhoeft Rechtslex. V. S. 364.

5) Vgl. die in Note 3 angeführte Schrift von Sohm.

6) Dafür kann man allerdings den Wortlaut der §§. 454, 455 („. . . sein Pfand . . . wieder verpfänden", „. . . bleibt das Pfand . . . verhaftet") anführen.

7) „Wenn auf einer Hypothekarforderung . . . Afterpfandrechte haften . . . Weitere Eintragungen auf diese Hypothekarforderung . . ." Vgl. auch G.-B.-G. §§. 13, 123 und Verordnung v. 12. Jänner 1872 Nr. 5 R.-G.-B. §. 10, und schon ung. G.-B.-O. §. 58 und Hofd. v. 27. Oct. 1797 Nr. 358 J.-G.-S.

8) Darum Superintabulation, weil sie eine Intabulation voraussetzt.

jenige, der das Afterpfandrecht anspricht, zwar eine glaubwürdige, aber nicht mit allen Solennitäten versehene Urkunde, so kann er sein Afterpfandrecht wenigstens pränotiren lassen. Eine solche Superpränotation wird nach den nämlichen Grundsätzen behandelt, die von anderen Pränotationen gelten.[9]) Die Superintabulation oder Superpränotation ist auch zulässig, wenn das Pfandrecht des ersten Pfandgläubigers nur pränotirt war, nur ist in diesem Falle das Schicksal des Afterpfandrechts von der Rechtfertigung der ersten Pränotation abhängig.[10])

Die Wirkung des Afterpfandrechts ist verschieden, je nachdem der Eigenthümer der Pfandsache von der Afterverpfändung verständigt wurde oder nicht. Wurde er nicht verständigt, so behält er nach wie vor das Recht, den ersten Gläubiger mit der Wirkung zu befriedigen, daß er nach erfolgter Befriedigung die Liberation (Rückstellung) des Pfandes verlangen kann. Wurde er aber verständigt, so gelten ihm gegenüber sowohl der erste, als der Afterpfandgläubiger, wiewohl in verschiedenen Beziehungen, als berechtigte Subjecte der Forderung; die Zahlung muß daher nunmehr unter Mitwirkung dieser beiden Berechtigten geschehen, d. h. der Schuldner kann seinen Gläubiger nur mit Zustimmung des Afterpfandgläubigers befriedigen, so daß der letztere Gelegenheit erlangt, sich aus dem Objecte der Zahlung zahlhaft zu machen. Ist aber diese Zustimmung des Afterpfandgläubigers nicht zu erlangen, so steht dem Schuldner (wie in anderen Fällen, §. 1425) die gerichtliche Erlegung des Schuldgegenstandes frei. Sie gilt der Zahlung gleich, so daß er auch auf Grund der vorgenommenen gerichtlichen Deposition die Rückstellung des Pfandes und bezw. die bücherliche Löschung der Hypothek verlangen kann, weil nunmehr das Afterpfandrecht auf die gerichtlich erlegte Summe übergeht.[11]) Hätte der verständigte Eigenthümer der Pfandsache diese Vorsicht vernachlässigt und seinen Gläubiger unmittelbar befriedigt, so ist die Zahlung in Beziehung auf den Afterpfandgläubiger als nicht geschehen anzusehen, bezw. so zu betrachten, als sei sie nicht an das richtige Subject abgeführt

---

9) Namentlich gilt auch hier der Satz, daß, wenn die Pränotation nicht rechtzeitig gerechtfertigt wird, dieselbe auf Ansuchen desjenigen, gegen den sie erwirkt wurde, zu löschen ist. Der zu diesem Ansuchen Berechtigte ist aber nicht der Eigenthümer des Grundstücks, sondern der (erste) Pfandgläubiger, denn nur gegen ihn wurde die Superpränotation erwirkt (Entsch. G.-H. 1870 Nr. 70 [= Schimkowsky II. Nr. 1303]).

10) Jud.-B. Nr. 87 in G.-Z. 1874 Nr. 32 [= Sammlung XII. Nr. 5272]; die Analogie des §. 51 G.-B.-G., wonach die Löschung der ersten Forderung unbeschadet der darauf haftenden Afterpfandrechte zu geschehen hat, findet hier keine Anwendung.

11) Die Nothwendigkeit, erst gegen den Pfandgläubiger und Afterpfandgläubiger ein gerichtliches Erkenntniß zu erwirken, um auf dessen Grundlage die Löschung zu veranlassen, erspart das G.-B.-G. §. 39 dem deponirenden Schuldner, indem es ihm gestattet, auf Grund der Amtsurkunde über den gerichtlichen Erlag die Pränotation der Löschung zu begehren; die Rechtfertigung der Pränotation muß sodann sowohl gegen den Gläubiger als gegen den Afterpfandgläubiger stattfinden. Der Schuldner ist aber dagegen geschützt, daß während dieses Processes Cessionen und Superintabulationen vor sich gehen, die seinem Rechte präjudicirlich sind.

worden; der bezahlte erste Gläubiger kann zwar nichts mehr fordern, aber der Afterpfandgläubiger ist berechtigt, die Forderung und damit auch das Pfandrecht als noch aufrecht stehend zu behandeln und sich so zu befriedigen, als ob überhaupt noch nicht gezahlt worden wäre (§. 455)[12]), mit anderen Worten: der unvorsichtige Pfandschuldner kann in die Lage kommen, zum zweiten Male zahlen zu müssen.[13])

Der von der Afterverpfändung zu Verständigende ist der „Eigenthümer" der Pfandsache, nicht der (von ihm möglicherweise verschiedene) persönliche Schuldner (§. 455 b. G.-B., §. 123 Z. 3 G.-B.-G.[14])); der Schuldner, welcher nur Personalschuldner, nicht auch Pfandschuldner ist, kann also, auch wenn er verständigt ist, ohne Verantwortung an seinen Gläubiger zahlen.

Auch die Ausübung des Afterpfandrechts erfolgt nach der allgemeinen Regel durch die gerichtliche Geltendmachung, nur daß sich diese hier gegen den ersten Pfandgläubiger richtet; unmittelbare Einklagung des ersten Schuldners oder Pfandeigenthümers wäre unstatthaft, weil der Afterpfandgläubiger mit ihm in keinem unmittelbaren Rechtsverhältnisse steht.[15]) Hat der Afterpfandgläubiger gegen den ersten Pfandgläubiger (den Afterverpfänder) ein Zahlungsurtheil erlangt, so ist er berechtigt, die ihm verpfändete Forderung sammt Pfandrecht gerichtlich zu verkaufen oder sich dieselbe einantworten zu lassen. Im letzteren Falle ist er als Cessionar des ersten Pfandgläubigers anzusehen und kann nunmehr die Forderung des Executen gegen den ersten Schuldner unmittelbar geltend machen. Daraus folgt, daß, wenn ihm das Pfand für eine höhere Summe, als sie dem ersten Pfandgläubiger geschuldet wird, verpfändet worden wäre,

12) Darum ist der Afterpfandgläubiger berechtigt, sein Recht auch bei der Concursmasse des Pfandeigenthümers anzumelden, wenngleich der eigentliche Gläubiger des Letzteren der Afterverpfänder ist: Entsch. G.-Z. 1863 Nr. 101 [= Sammlung III. Nr. 1097]. Nach röm. R. gilt der Satz des Textes nicht; der Pfandeigenthümer kann sich durch Zahlung an seinen Gläubiger vollwirksam liberiren, und darum ziehen auch Sohm und Bekker a. a. O. die Schlußfolgerung, daß das röm. Afterpfandrecht von sehr geringer practischer Bedeutung sei.

13) Das Gesagte steht jedoch der Zulässigkeit der Löschung des ersten Pfandrechts nicht entgegen, so anomal es aussieht, daß das Pfandrecht erlösche, das Afterpfandrecht aber fortdauere; die Löschung des Pfandrechts wird eben nur mit dem Beisatze bewilligt, daß ihre Wirkung in Ansehung des Afterpfandrechts erst mit dessen Löschung einzutreten habe. Weitere Eintragungen auf diese (gelöschte) Hypothekarforderung dürfen jedoch nach der Löschung nicht mehr bewilligt werden, es sei denn die Löschung nur pränotirt worden, in welchem Falle das Schicksal der weiteren Eintragungen von dem Ausgange des Rechtfertigungsprocesses abhängt (G.-B.-G. §. 51).

14) §. 455 cit. fordert nur die Verständigung des „Eigenthümers"; auch das G.-B.-G. a. a. O. spricht nichts von einer Verständigung des vom Eigenthümer des Gutes verschiedenen Personalschuldners.

15) Dem müssen natürlich jene Schriftsteller (Note 4) widersprechen, welche in der Afterverpfändung eine Cession erblicken. Allein diese Behauptung ist unvereinbar namentlich mit dem G.-B.-G., welches in der Afterverpfändung eine Verpfändung der Forderung sammt dem sie deckenden Pfandrecht erblickt. Enthält sie aber eine solche bei verpfändeten Satzposten, so wird sie (dies gegen Klepsch — oben Note 4) wohl auch bei Mobilar-Afterpfandrechten keinen anderen Gegenstand haben.

er gleichwohl von dem ersten Schuldner keine Zahlung in höherem Betrage in Anspruch nehmen kann, als dieser an seinen unmittelbaren Gläubiger zu leisten hat, und daß auch die Fälligkeit dieser letzteren Forderung für ihn maßgebend wird, so daß er sein Pfandrecht nicht früher geltend machen kann, als nach eingetretener Fälligkeit dieser Forderung.[16]) Auch wird der Grundsatz, daß der erste Schuldner immer nur so zu leisten verpflichtet ist, als er dem ersten Gläubiger zu leisten hat[17]), insbesondere maßgebend, wenn der Gegenstand der beiden Forderungen ein verschiedener ist (§. 454).[18])

Aus dem Gesagten folgt ferner, daß der erste Pfandgläubiger (der Schuldner des Afterpfandgläubigers ist) seine mit dem Afterpfandrecht behaftete Forderung regelmäßig nur mit Zustimmung des Afterpfandgläubigers eintreiben darf.[19]) Fehlt diese Zustimmung, so kann er die Zahlung nicht erzwingen, wohl aber kann er wirksam auf gerichtliche Deponirung des Gegenstandes der Schuld dringen, und es findet auch gegen Beibringung der Amtsurkunde über den gerichtlichen Erlag die Vormerkung zum Zwecke der Löschung statt (G.-B.-G. §. 39).[20])

Hat der erste Gläubiger den Afterpfandgläubiger befriedigt, so kann er von ihm die Rückgabe des Faustpfandes, bezw. Ermöglichung der Löschung der Afterhypothek verlangen, während seine eigene Hypothek aufrecht verbleibt. Auch unterliegt eine Cession der afterverpfändeten Forderung sammt Pfandrecht Seitens des ersten Pfandgläubigers an einen Dritten keinem Bedenken, auch wenn der Afterpfandgläubiger derselben nicht zustimmt (§§. 443, 445).

Wie der erste Pfandgläubiger die Afterverpfändung, so kann der Afterpfandgläubiger eine weitere Afterverpfändung vornehmen, und es gelten auch von diesen weiteren Afterverpfändungen die nämlichen Grundsätze, die von der ersten entwickelt wurden.

Was endlich den Einfluß der Erlöschung des ersten Pfandrechts auf das Afterpfandrecht betrifft, so ist zu unterscheiden. Die von der Willkür des Gläubigers abhängigen Erlöschungsarten, als: Zahlung, Compensation, Verzicht, Novation wirken gegen den Afterpfandgläubiger ohne dessen eigene Mitwirkung nicht, wohl aber der Regel nach die von der Willkür des Gläubigers unabhängigen, als: zufälliger Untergang des Leistungsobjectes,

---

16) Vangerow S. 928, Heimbach a. a. O. — §. 454 b. G.-B. verb.: „insoweit er ein Recht darauf hat . . .“

17) Principielle Zulässigkeit, die dem Pfandeigenthümer gegen den ersten Gläubiger zustehenden Einwendungen dem Afterpfandgläubiger entgegenzustellen; doch Beschränkungen dieser Möglichkeit mit Rücksicht auf die publica fides der öffentlichen Bücher: Entsch. G.-Z. 1867 Nr. 54 [= Sammlung V. Nr. 2389]; vgl. Hofd. v. 27. März 1846.

18) Keller §. 202, Vangerow S. 929, 930, Arndts §§. 367, 382.

19) Genauer: er kann sie allerdings unbedingt einklagen, aber die Verurtheilung wird dahin erfolgen, daß die Zahlung nur mit Zustimmung des Afterpfandgläubigers an den Kläger zu geschehen habe (§. 455).

20) Vgl. Pl.-Entsch. G.-H. 1864 Nr. 91, Entsch. G.-Z. 1866 Nr. 4 [= Sammlung IV. Nr. 1993, V. Nr. 2225].

Zeitablauf, Verjährung.[21]) Die Confusion[22]) kann zwar auch zu den letzteren gestellt werden, sie wirkt aber gleichwohl gegen den Afterpfandgläubiger nicht (§§. 1445, 1446), so daß er berechtigt bleibt, die durch Confusion erloschene Forderung bezw. das außer Thätigkeit gesetzte Pfandrecht so zu betrachten, als wären sie noch existent, mit anderen Worten sein Pfandrecht noch immer geltend zu machen.

§. 290. Die Modification des Pfandrechts.

Eine Modification des Pfandrechts — deren dieses ebenso fähig ist, wie andere Vermögensrechte — liegt vor, wenn sein Object sich geändert hat, gleichwohl aber das nämliche Pfandrecht als fortdauernd angenommen wird. Ein solcher Fall ergibt sich vor allem

1) bei der Modification (verpfändeten) Eigenthums durch Objectserweiterung, Objectsverminderung und Objectswechsel (oben §. 233 fg.). Das Object wird erweitert durch von demselben erzeugte Früchte, solange sie noch nicht abgesondert sind, durch sonstigen Zuwachs und durch später hinzugekommene Pertinenzstücke; alle diese Erweiterungen werden ohne weiteres von dem bereits bestehenden Pfandrechte ergriffen, so sehr, daß sogar specielle Verpfändungen derselben, solange sie ihre Eigenschaft behalten, ausgeschlossen sind (§. 457). Erfolgt dagegen eine Trennung dieser Nebenbestandtheile von der Hauptsache, so daß sie zu selbständigen Sachen werden (separirte Früchte), so tritt eine Modification des Pfandrechts dahin ein, als es nun wieder auf die Hauptsache beschränkt ist (§. 457 a. E.). Nicht anders, als mit dem Zuwachs, steht es auch mit den Realrechten, z. B. Prädialservituten. Werden solche mit dem Pfandobject verknüpft, so erstreckt sich das Pfandrecht auch auf sie; gehen sie unter, so bleibt das Pfandrecht, obwohl mit theilweise verändertem Object, dennoch das alte.

2) Wird ein Grundstück expropriirt, so geht das an demselben haftende Pfandrecht auf die Expropriationssumme über, und die Pfandgläubiger befriedigen sich daraus in der Reihenfolge, in welcher ihre Pfandrechte auf dem Grundstücke hafteten.[1])

3) Auch der executive Verkauf einer beweglichen Sache hat die Wirkung, daß das darauf haftende Pfandrecht auf die Kaufpreisforderung übergeht und sich ebenso, wenn der Kaufpreis gerichtlich erlegt wurde, auf das erlegte Geld erstreckt. Die Sache übernimmt der Ersteher frei von der Pfandlast.[2])

4) Das Afterpfandrecht geht nach gerichtlichem Erlage des Betrages der verpfändeten Forderung auf das deponirte Object über

---

21) Mit dem ersten Pfandrechte erlischt hier auch das Afterpfandrecht.

22) Nämlich wenn der erste Pfandgläubiger in das Recht des Pfandeigenthümers, oder dieser umgekehrt in das Recht des ersten Pfandgläubigers eintritt.

1) Hofd. v. 8. Nov. 1842 Nr. 654 J.-G.-S., Min.-Vdg. v. 8. Dec. 1855 Nr. 213, v. 27. April 1859 Nr. 71 R.-G.-B. [und jetzt Ges. v. 18. Febr. 1878 Nr. 30 R.-G.-Bl. §. 34].

2) Vgl. Grundriß §. 283 vor Note 31.

(§. 455); ebenso auch, wenn die Zahlung unter Intervention des Afterpfandgläubigers erfolgt ist (vgl. oben §. 289).

5) Einen weiteren Fall dieser Art bildet die Ab- und Zuschreibung von Grundstücken (Ges. v. 6. Febr. 1869 Nr. 18 R.-G.-B.). Handelt es sich nämlich um einen Tausch von Grundstücken, welche der landwirthschaftlichen Cultur gewidmet sind, und ist der Tausch geeignet, eine Arrondirung oder eine bessere Bewirthschaftung der Güter der Tauschenden zu bewirken, so kann, insoferne die Sicherheit der Tabulargläubiger dadurch nicht gefährdet wird, die Ab- und Zuschreibung trotz des Widerspruchs der letzteren gerichtlich bewilligt werden (Ges. cit. §. 9). Mit dem Vollzuge der Abschreibung erlischt in Ansehung des abgeschriebenen Stückes die Wirksamkeit aller an dem Gute bestehenden Eintragungen, und durch die Zuschreibung erlangen alle an dem Gute, bei welchem dieselbe erfolgt, bestehenden Eintragungen volle Wirksamkeit auch in Ansehung des zugeschriebenen Stückes (§. 15 Ges. cit.), so daß somit das Pfandobject eine Verringerung bezw. Erweiterung erleidet. — Verwandt hiemit ist auch die (oben §. 288 Note 28 a. E. mitgetheilte) Bestimmung der C.-O. §. 37, die jedoch insofern nicht hieher gehört, als zur Begründung des Pfandrechts noch die Einverleibung (in der Rangordnung der unter Einem zu löschenden Simultanhypothek) erforderlich ist.

Einen weiteren Fall der Modification des Pfandrechts durch den Wechsel seines Objects wollen Manche in dem Hofd. v. 18. Juli 1828 [3]) statuirt finden: die wegen eines Elementarschadens entfallende Versicherungssumme sei — so lehrt man — wofern der Elementarschaden vor der in Rechtskraft erwachsenen executiven Versteigerung des Gutes eingetreten sei, Befriedigungsobject für diejenigen Gläubiger, welche an dem versicherten Gebäude ein Pfandrecht hatten. Allein so angemessen dieser Rechtssatz auch sein mag, und obwohl auch der Oberste Gerichtshof denselben einmal zur Anwendung gebracht hat [4]), das Hofdecret, in welchem man ihn finden will, sagt etwas anderes, und aus dem, was es sagt, läßt er sich nicht mit Sicherheit deduciren. [5])

§. 292. Erlöschung des Pfandrechts an Immobilien.

I. Durch bücherliche Löschung. Die beim Mobilarpfandrecht dessen Erlöschung wirkenden Thatsachen (Grundriß §. 291) erscheinen bei Hypotheken im Allgemeinen nicht als Erlöschungsarten des Pfandrechts,

---

3) S. oben §. 287 Note 6.

4) Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 102 [= Sammlung VI. Nr. 3126]: Wenn der Bauplatz des abgebrannten Gebäudes executiv veräußert und dadurch dem Executen die Möglichkeit benommen wird, den Vergütungsbetrag zur Wiederherstellung des Gebäudes zu verwenden, so geht das Pfandrecht der Hypothekare auf diese Versicherungssumme über, und persönliche Gläubiger können darauf nur greifen, wenn sie beweisen, daß die Hypothekare vollständig befriedigt worden sind, oder daß solche überhaupt nicht vorhanden sind. Dagegen Entsch. G.-Z. 1874 Nr. 16 [= Samml. XII. Nr. 5249].

5) [Ueber den Einfluß der Commassation und Gemeinheitstheilung auf bestehende Pfandrechte vgl. Ges. v. 7. Juni 1883 Nr. 92 R.-G.-Bl. §§. 12 fg., 22, Ges. d. d. eod. Nr. 94 §. 6.]

sondern sie sind, wie die nämliche Erscheinung auch bei anderen dinglichen Rechten vorkommt, nur Rechtstitel, auf Grund deren höchstens die Aufhebung des Pfandrechts verlangt werden kann. Diese selbst erfolgt in der Regel nur durch die Löschung (Extabulation) im öffentlichen Buche (§. 469). Dieses gilt vor allem

1) rücksichtlich jener Thatsachen, welche bei Mobilarpfändern nur das Pfandrecht aufheben, die Forderung aber bestehen lassen. Das trifft zu

a) beim Untergang des Pfandobjects; ein solcher (z. B. Zerstörung des verpfändeten Hauses) bedeutet in der Regel nur eine zeitweilige Einstellung der Wirksamkeit des Pfandrechts, so daß, wenn das Object wieder hergestellt wird, auch die volle Wirksamkeit des Pfandrechts wieder auflebt (§. 457, arg. §. 525). Nur wenn die Wiederherstellung nicht möglich wäre, kann (bei völliger Zerstörung des Objects) die bücherliche Löschung verlangt werden. — Dem Untergange des Objects steht gleich die Außerverkehrsetzung desselben; daher wird im Falle der Expropriation zum Zwecke der Anlegung einer öffentlichen Straße u. s. w. das Pfandrecht an dem expropriirten Stücke durch des letzteren bücherliche Abschreibung von selbst aufgehoben[1]);

b) bei der Verzichtleistung auf das Hypothekarrecht; auch sie muß erst im öffentlichen Buche appariren und zu diesem Zwecke in tabularmäßiger Form (als sog. Löschungs- oder Extabulationserklärung) ausgestellt werden.[2]) Ohne diese Eintragung schafft der Verzicht nur ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Verzichtenden und dem Grundeigenthümer, gerichtet auf Aufhebung des trotzdem noch fortbestehenden Pfandrechts;

c) bei der Confusio durch Vereinigung des Eigenthums des verpfändeten Grundstücks und der Forderung[3]) in einer Person. Nicht nur bleibt während dieser Vereinigung das Vorzugsrecht auf Befriedigung aufrecht, wenn die Sache von einem anderen Hypothekargläubiger in Execution gezogen wird, sondern es lebt auch die volle Wirksamkeit des Pfandrechts wieder auf, wenn Grundeigenthum und Forderung an verschiedene Personen gelangen (§. 1446, arg. §. 526);

---

1) Min.-Vdg. v. 8. Dec. 1855, 27. April 1859. Vgl. Nippel III. S. 542, Stubenrauch II. S. 122.

2) Als stillschweigender Verzicht auf die Hypothek gilt es jedoch nach dem Ges. v. 6. Febr. 1869 Nr. 18 R.-G.-B. §. 3, wenn über das Ansuchen um lastenfreie Abtrennung eines Theiles eines Grundbuchkörpers die Tabularbehörde den Tabulargläubiger unter Ansetzung einer Präclusivfrist aufgefordert hat, seinen allfälligen Einspruch gegen die Abtrennung anzumelden, und er diese Anmeldung in der festgesetzten Frist unterlassen hat, und es wird hienach das abzutrennende Stück lastenfrei abgeschrieben.

3) Nicht auch der Schuld; d. h. ist der Hypothekarschuldner zugleich Personalschuldner, und beerbt er den Gläubiger, so nützt ihm die Confusio nichts, denn im Falle des Zwangsverkaufs werden auch die später intabulirten Gläubiger vor ihm befriedigt. Vgl. sächs. G.-B. §. 444, welches aber merkwürdigerweise nicht unterscheidet, ob der Hypothekarschuldner zugleich Personalschuldner ist oder nicht.

d) bei dem executiven Verkauf des verpfändeten Grundstücks. Durch diesen werden die auf dem Grundstücke haftenden Pfandrechte noch nicht berührt (§. 328 A. G.-O.); nur jene, welche bei der Vertheilung des Kaufpreises aus diesem nicht zur Befriedigung gelangen, werden im öffentlichen Buche gelöscht[4]) und gehen erst durch diese Löschung unter;

e) eine Ersitzung der Freiheit des Eigenthums vom Pfandrecht kommt bei Grundstücken nicht vor, da bei jeder Ersitzung von Grundstücken die darauf haftenden, in den öffentlichen Büchern angemerkten Lasten mit übernommen werden (§. 443 b. G.-B.);

f) die Verjährung der Hypothekarklage wirkt noch nicht Erlöschung des Hypothekarrechts, sondern berechtigt den Eigenthümer nur, auf dessen Löschung zu klagen (§. 1499).[5])

2) Daß zur Aufhebung eines Hypothekarrechts dessen Löschung im öffentlichen Buche erforderlich sei, ist rücksichtlich der accessorischen Erlöschung des Pfandrechts durch Tilgung der Schuld ganz allgemein[6]) im §. 469, und von dem Falle der Confusio und der Verjährung noch besonders in §§. 1446, 1499 gesagt.[7]) Alle diese Thatsachen geben nur einen persönlichen Anspruch auf Nichtgeltendmachung des Pfandrechts und Ertheilung der Löschungsbewilligung; wird die letztere nicht freiwillig ertheilt, so kann die Löschung auch im Klagewege erzwungen werden; allein bis zur wirklichen Löschung bleibt das Pfandrecht, und da dieses nicht für sich bestehen kann, hinsichtlich des Hypotheкeigenthümers auch die Forderung aufrecht. Der Anspruch auf Löschung kann aber nicht nur gegen denjenigen, der zur Zeit der erwähnten Thatsache der Pfandgläubiger war, und gegen dessen Erben, sondern auch gegen denjenigen geltend gemacht werden, der später das bücherlich noch haftende Pfandrecht unentgeltlich oder in Kenntniß jener Thatsachen[8]) an

4) Vgl. Hofd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621 lit. s, §. 57 der böhm. Landt.-Instr. v. 1794 Nr. 171, Stubenrauch II. S. 120—122, Scheidlein Jurist VI. S. 403 fg. Ueber den Einfluß der Versäumung der Anmeldung im älteren Concursrecht: Stubenrauch II. S. 94, 123. Auch gefällsamtliche Veräußerung der für die Gefällsstrafe haftenden Sache hat den Untergang des Pfandrechts zur Folge. G.-Str.-G.-B. §. 167, Stubenrauch S. 122—124.

5) Er kann aber, auch ohne die Löschung erwirkt zu haben, wofern nicht §. 1500 b. G.-B. entgegensteht, der Pfandklage des Gläubigers die Einrede der Verjährung wirksam entgegensetzen, wenn die Klage durch die gesetzliche Verjährungszeit nicht erhoben wurde, mag immerhin die persönliche Schuldklage, weil der Personalschuldner die Schuld fortwährend verzinst hat, noch unverjährt sein: Entsch. G.-Z. 1867 Nr. 52 [fehlt in den Sammlungen], vgl. auch Entsch. G.-Z. 1871 Nr. 75 [= Sammlung VII. Nr. 3616].

6) Es gilt also nicht nur im Falle der Zahlung, sondern auch von der Aufhebung der Schuld durch Compensation, Schulderlaß, Novation, Tod, Zufall.

7) Vgl. Randa G.-Z. 1871 Nr. 39.

8) Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 63 [= Sammlung VI. Nr. 3070]: Es genügt, daß die Nichtexistenz der Forderung dem Cessionar aus den Umständen auffallen mußte, um auch gegen ihn den Löschungsanspruch zu begründen. Entsch. G.-H. 1868 Nr. 99 [fehlt in den Sammlungen]: Die Einwendung der Zahlung kann auch dem executiven Ersteher einer Satzpost entgegengesetzt werden, wenn derselbe bei der Erstehung von der bereits erfolgten Zahlung Kenntniß hatte.

sich gebracht hat; denn im ersten Falle liegt eine Schenkung zum Nachtheile eines Gläubigers (§. 953), im zweiten eine dolose Beschädigung (§§. 1295, 1323) vor, und in dem einen wie in dem anderen kann daher die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes verlangt werden.[9]) Gegen dieselben Personen kann der Anspruch auf Löschung auch excipiendo geltend gemacht werden[10]), und er gestaltet sich gegen die Klage des ursprünglichen Gläubigers oder seines Erben zur Einrede der Zahlung, Novation u. s. w., gegen den unentgeltlichen Cessionar zur exceptio legis Paullianae, und gegen den, der die bereits getilgte, aber bücherlich noch haftende Forderung mit Vorwissen ihrer Tilgung an sich gebracht hat, zur exceptio doli. Gegen einen Cessionar aber, der von der erfolgten Erlöschung der Forderung keine Kenntniß hatte, die Forderung vielmehr im Vertrauen auf das öffentliche Buch an sich brachte, kann ein Löschungsanspruch weder im Klags- noch im Einredewege geltend gemacht werden; er erwirbt rechtsgiltig die wiewohl bereits getilgte Forderung sammt dem Pfandrechte, als ob sie nicht getilgt wäre[11]), immer jedoch nur insoweit, als sie durch den Werth der Hypothek wirklich gedeckt ist[12]), und kann sie in diesem Umfange gegen den Pfandeigenthümer[13]) geltend machen. Das G.-B. spricht diesen Grund-

— Nach Wehli G.-H. 1869 Nr. 14 kann die Einwendung der Zahlung, Compensation u. s. w. demjenigen, welcher nach dem Eintreten dieser Erlöschungsthatsache, aber vor der bücherlichen Löschung auf die getilgte Forderung durch Pränotation, executive Pfandrechtseinverleibung oder executive Einantwortung ein bücherliches Recht erworben hat, unter allen Umständen entgegengesetzt werden, weil diese Personen nicht im Vertrauen auf das öffentliche Buch, sondern um einen Schaden von sich abzuwenden, handeln, und — wenn der Fall anders behandelt würde — selbst der vorsichtigste Zahler leicht zu Schaden kommen könnte. Auch jenem Cessionar könne die Zahlung entgegengesetzt werden, welchem der Cedent den Schuldschein nicht ausgefolgt hat.

9) Ebenso kann der Anspruch auf Löschung nicht nur von dem zahlenden Eigenthümer des Pfandgutes, sondern auch von jedem späteren Eigenthümer desselben selbst excipiendo geltend gemacht werden, wenn von dem befriedigten Gläubiger eine löschungsfähige Quittung ausgestellt wurde (arg. §. 1019); im Gegenfalle aber nur unter Vertretungsleistung des Zahlers oder auf Grund einer von ihm ausgestellten Cession des aus der Zahlung erwachsenen Löschungsanspruches.

10) Entsch. G.-H. 1865 Nr. 78 [= Sammlung V. Nr. 2178].

11) Kopezky Ztschr. f. R. u. St. 1835 I. S. 287 fg., Wildner Jurist I. S. 156, XI. S. 316, Kompaß ebda. VIII. S. 195, Nippel III. S. 528, Winiwarter II. S. 283, 284, Stubenrauch II. S. 127 fg., Unger I. S. 531 Note 78, Entsch. G.-Z. 1853 Nr. 68, 1860 Nr. 41, 1861 Nr. 109 [fehlt in den Sammlungen], 1863 Nr. 157, 1865 Nr. 30, 1869 Nr. 10 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 268, Sammlung II. Nr. 618, IV. Nr. 1778, 2021, Schimkowsky I. Nr. 101], wenn auch mit divergenten Motivirungen; abweichend Ellinger ad §. 469, soweit es sich um die Behandlung des gewöhnlichen Cessionars handelt. Dagegen erklären die Haftung des §. 469 für eine nur formelle Gspan Gesetzmäßige Befriedigung concurrirender Gläubiger I. S. 37, Kruparz Ztschr. f. R. u. St. 1826 S. 267, Lekisch ebda. 1844 I. S. 157. Vgl. dagegen Winiwarter II. S. 284.

12) Hinsichtlich des Ueberrestes besteht kein Pfandrecht, und es gelten daher die gewöhnlichen Grundsätze. Entsch. G.-Z. 1863 Nr. 157, 1865 Nr. 30 (in Note 11).

13) Nicht auch gegen den Schuldner, der nicht Pfandeigenthümer ist. Ist aber der Schuldner zugleich Eigenthümer der hypothecirten Sache, so kann, da auch

satz aus insbesondere für den Fall der Erlöschung der Forderung durch Verjährung (§. 1500)[14]) und durch Compensation (§. 1443); er gilt aber kraft §. 469 auch für die anderen Fälle der Erlöschung.

Wurde endlich auf die getilgte, aber bücherlich noch haftende Forderung ein After- oder Superpfandrecht erwirkt, so bleibt das Recht des Schuldners, die Löschung zu begehren, zwar unangetastet, jedoch nur mit Vorbehalt der Rechte des Afterpfandgläubigers.[15])

Im Zusammenhange mit dem eben Gesagten steht die Frage, ob der Hypothekarschuldner selbst einer bereits getilgten, aber noch nicht gelöschten Forderung zu Gunsten des früheren oder eines neuen Gläubigers wieder die frühere Wirksamkeit verleihen könne. Hält man sich gegenwärtig, daß die Zahlung (Novation, andere Tilgungsart) einer intabulirten Forderung diese nicht aufhebt, sondern nur einen persönlichen Anspruch auf Nichtgeltendmachung und Löschung begründet, welcher ohne Zweifel durch beiderseitige Zustimmung wieder aufgehoben werden kann, — so ist von selbst gegeben, daß auch eine bereits bezahlte oder erlassene Forderung dieser Art durch Rückgabe des Gezahlten u. dgl. in vollem Umfange wieder wirksam werden kann, ohne daß die nachfolgenden Pfandgläubiger dagegen ein Einspruchsrecht hätten.[16]) Ebenso ist nicht zu bezweifeln, daß eine intabulirte Forderung, bei welcher Confusio eingetreten ist, im Wege der Weitercession ihre vorige Wirksamkeit wieder erlangen kann (§. 1446); dabei ist zu beachten, daß die Confusion nicht nur durch Erbgang herbeigeführt werden kann, sondern auch durch Cession der Forderung an den Schuldner.[17]) Sodann kann aber auch der Schuldner eine bezahlte,

---

die Schuld noch aufrecht besteht, die Klage geradezu auf Zahlung bei sonstiger Execution der Hypothek, nicht blos auf Gestattung der Verwerthung des Pfandes gestellt werden.

14) Vgl. Hofd. v. 27. März 1846 Nr. 951 J.-G.-S.

15) So am bestimmtesten G.-B.-G. §. 51. Aber schon das Hofd. v. 27. März 1846 bestimmt, es solle der im Vertrauen auf das öffentliche Buch handelnde Supersatzgläubiger nicht zu Schaden kommen. Ebenso Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 66, G.-H. 1869 Nr. 100, 1870 Nr. 90, G.-Z. 1871 Nr. 49, 61 [= Sammlung VII. Nr. 3307, 3288, VIII. Nr. 3865, IX. Nr. 4012, 4153], weniger präcis Entsch. G.-Z. 1866 Nr. 13, 1867 Nr. 36 [= Samml. V. Nr. 2151, 2648]. Vgl. auch den von Piwetz in Schopf Archiv 1837 I. S. 340 mitgetheilten Rechtsfall.

16) Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 92 (= G.-H. 1870 Nr. 5) [= Schimkowsky I. Nr. 104]. Nippel Ztschr. f. R. u. St. 1826 I. S. 145 fg., Winiwarter II. S. 282, Stubenrauch II. S. 131, 132, Kopezky Ztschr. f. R. u. St. 1846 I. S. 185 fg. A. A. Aussez Landt.- u. G.-B.-O. §. 376, Klepsch S. 99, 100, Gspan Befriedigung concurrirender Gläubiger I. S. 37 fg. Die Bemerkung im Grundbuche, daß das Geleistete zurückgegeben worden sei, ist nicht nur überflüssig, sondern auch gefährlich. Vgl. den von Nippel a. a. O. mitgetheilten Rechtsfall und Kopezky a. a. O.

17) So auch Stubenrauch S. 133, Kopezky a. a. O., Motive der Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 101 [= Samml. VII. Nr. 3557]. Dagegen Haan Studien S. 241, weil Niemand sein eigener Schuldner sein und Pfandrecht an der eigenen Sache haben könne, arg. Hofd. v. 22. April 1825 Nr. 2090 J.-G.-S.: „Eine von dem Gläubiger erlassene Forderung kann, wenn auch die Verzichtleistung in Form einer Schenkungsurkunde geschehen ist, kein Gegenstand einer Cession sein, mithin die Intabulation einer solchen Cession nicht stattfinden." Allein dieses Hofd. enthält nur

aber bücherlich noch haftende Satzpost für ein später aufzunehmendes Capital dem neuen Gläubiger verschaffen, wenn er zwischen diesem und dem früheren Hypothekargläubiger eine Cession zu Stande bringt; hier steht selbstverständlich dem Schuldner, wenn er geklagt wird, gegen den neuen Gläubiger die oben erwähnte exceptio doli nicht zu, weil hier ein doloses Handeln in keiner Weise vorliegt. Gegen die Zulässigkeit dieses Vorgangs kann man auch nicht einwenden, daß durch ihn das sog. Vorrückungsrecht der postlocirten Hypothekargläubiger verletzt werde; denn dieses sog. Recht ist kein wahres Recht, sondern nur eine von selbst eintretende Folge der (wirklich stattgehabten) Erlöschung vorausgehender Satzposten[18]), die in unserem Falle eben noch nicht eingetreten ist. Wie Niemand von einer Verletzung dieses „Rechts" in dem Falle reden wird, wenn Gläubiger und Schuldner einverständlich die Zahlungszeit der Schuldpost hinausschieben, oder der Gläubiger, ohne Zahlung empfangen zu haben, eine Cession seiner Forderung unter Aufrechthaltung der Priorität bewerkstelligt[19]), — so sollte man auch in dem streitigen Falle von einer Verletzung dieses Vorrückungsrechts nicht reden.

Erlischt eine auf mehreren simultan hypothecirten Objecten versicherte Forderung durch Befriedigung des Gläubigers, so hat der Besitzer eines jeden dieser Objecte den Anspruch auf Löschung, gleichviel, ob er selbst oder ob der Personalschuldner oder der Besitzer eines anderen der simultan verpfändeten Objecte den Gläubiger befriedigte[20]); denn im Falle einer solchen Verbandhypothek waltet eine Klagenconcurrenz ob, und von dieser gilt der Grundsatz, daß, wenn von den concurrirenden Klagen die eine durch Befriedigung erloschen ist, damit auch die anderen concurrirenden

---

den selbstverständlichen Satz, daß eine Forderung, welche an den Schuldner nicht cedirt, sondern ihm erlassen wurde (die er also allerdings als Forderung nie erworben hat), von ihm nicht weiter cedirt werden kann; ein Verbot der Cession der Forderung an den Schuldner ist darin nicht enthalten. Vgl. Krainz G.-Z. 1869 Nr. 26 a. E. und Nr. 27. — Verfällt der Schuldner, welcher zugleich Cessionar einer auf seinem Grundstücke intabulirten Forderung ist, in Concurs, so kann diese Forderung nicht zur allgemeinen Concursmasse gezogen werden; und wird das Grundstück außer dem Concurse veräußert, so kann der der Forderung entsprechende Theil des Erlöses ihm nicht zugewiesen werden, weil die Forderung durch die gleich große Schuld aufgewogen wird, also einen Werth nicht repräsentirt. So auch Bar im Civ.-Arch. LIII. S. 372, sächs. Hyp.-Ges. v. 1843 §. 120, sächs. b. G.-B. §. 444, mecklenb. Zusatzverordnung v. 13. März 1869.

18) Darum haben spätere Gläubiger kein Klagerecht auf Löschung einer ihnen vorangehenden Satzpost wegen erfolgter Bezahlung derselben (Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 79 [fehlt in den Sammlungen]); ebensowenig wegen Confusion derselben. Turnes G.-Z. 1870 Nr. 93.

19) Uebereinstimmend Entsch. G.-H. 1863 Nr. 12 (= G.-Z. 1863 Nr. 62), G.-Z. 1868 Nr. 79 [s. vor. Note], 1869 Nr. 101 [= Sammlung IV. Nr. 1659, VII. Nr. 3557], Kopezky a. a. O. 1846 I. S. 185 fg., Stubenrauch II. S. 132, 133; doch verlangen diese Schriftsteller eine Cession Seitens des befriedigten Gläubigers an den Schuldner und eine von diesem an den neuen Gläubiger vorzunehmende Weitercession. A. A. Winiwarter II. S. 282 Anm. 1 und Ellinger ad §. 469. — [Vgl. jetzt auch Ges. v. 14. Juni 1888 Nr. 88 R.-G.-B. §. 1.]

20) Ueber die Regreßfrage vgl. auch Entsch. G.-Z. 1859 Nr. 26 [= Sammlung II. Nr. 593].

Klagen erlöschen. Erlosch dagegen das Recht des Gläubigers nicht durch Befriedigung (sondern z. B. durch einen mit nur einem Besitzer abgeschlossenen Erlaßvertrag), so haben die Besitzer der anderen Objecte keinen Anspruch auf Löschung.

Die Löschung des Pfandrechts (sammt der Forderung) erfolgt nur auf Grund einer vom Pfandgläubiger in tabularmäßiger Form [21]) ausgestellten Löschungserklärung [22]) (§. 445 b. G.-B., §. 32 G.-B.-G.) — bei Zahlungen Extabulationsquittung genannt, — oder einer öffentlichen Urkunde, z. B. eines gerichtlichen Urtheils.[23]) Ein solches ist insbesondere regelmäßig nothwendig, wenn der Pfandgläubiger nach erfolgter Tilgung der Schuld sich gleichwohl weigert, eine Löschungserklärung auszustellen, oder unbekannten Aufenthalts ist u. dgl.; in Fällen dieser Art muß der Eigenthümer des Pfandgutes eine förmliche Klage auf Gestattung der Löschung anbringen[24]), kann aber auch zugleich, damit nicht ihm präjudicirliche Cessionen stattfinden, auf Grund der Klage die Streitanmerkung im öffentlichen Buche erwirken.[25])

Besitzt er ferner eine zwar glaubwürdige, aber nicht mit allen Förmlichkeiten versehene Urkunde über die erfolgte Tilgung, z. B. eine einfache (nicht mit der Extabulationsclausel versehene) Quittung, so kann er mit den bekannten Wirkungen die Löschung pränotiren lassen (§. 445).[26]) Nach dem G.-B.-G. (§. 39) findet insbesondere auch, wenn nach §. 1425

---

21) So schon Winiwarter II. S. 284, Stubenrauch II. S. 126; dagegen hielten die Extabulationsclausel für entbehrlich Nippel III. S. 539, Swoboda Jurist XIII. S. 262 fg., Strahl Verh. u. Mitth. der jur. Ges. in Laibach arg. §. 14 böhm. Landt.-Pat. v. 1794; allein diese Bestimmung ist schon durch das b. G.-B. aufgehoben.

22) §. 27 böhm. Landt.-Pat., wonach zum Zwecke der (Eintragung der Cession oder der) Löschung auch alle früheren Urkunden und insbes. der Schuldschein beigebracht werden mußte, wurde durch Hofd. v. 16. April 1830 J.-G.-S. Nr. 2458 aufgehoben (Haan S. 208, 209). Doch gilt eine verwandte Bestimmung auch im heutigen Recht für den Fall der Löschung eines für die Besitzer von Theilschuldverschreibungen eingetragenen Pfandrechts. Ges. v. 24. April 1874 Nr. 49 R.-G.-B. §. 15.

23) Die bei der executiven Meistbotvertheilung durchgefallenen Posten werden auf Grund der gerichtlich festgestellten oder genehmigten Kaufpreisvertheilung von Amtswegen gelöscht. G.-B.-G. §. 33 lit. d.

24) So auch im Falle der gerichtlichen Deposition des Schuldbetrages. Die Einverleibung der Löschung kann nicht auf Grund des Depositenscheines verwilligt werden, wie Dostal G.-Z. 1867 Nr. 55 behauptet, der sogar lehrte, es erlösche die Satzpost durch den gerichtlichen Erlag und es trete das Depositum in jeder Beziehung an die Stelle der Satzpost. Vgl. Turnes G.-Z. 1870 Nr. 76.

25) G.-B.-G. §. 69 (und früher Hofd. v. 29. Aug. 1818 Nr. 1488 und 27. März 1846 Nr. 951 J.-G.-S.), Stubenrauch S. 127. — Diese Streitanmerkung hat insoferne eine andere Wirkung, als jene wegen bestrittener Giltigkeit einer intabulirten Urkunde, als sie denjenigen, welche noch vor der Streitanmerkung im Vertrauen auf das öffentliche Buch weitere bücherliche Rechte auf die zu löschende Forderung erlangt haben, nicht zum Nachtheile gereichen kann. G.-B.-G. §. 71.

26) G.-B.-G. §§. 35, 45 (Hofd. v. 29. Aug. cit., Winiwarter II. S. 284). Wird das Löschungs- oder Pränotationsgesuch abgewiesen, so ist der abweisliche Bescheid zu notiren. So schon Hofd. v. 14. Febr. 1804 Nr. 652, 9. Aug. 1817 Nr. 1359 J.-G.-S.

b. G.=B. die gerichtliche Deposition des Schuldbetrags erfolgte, gegen Beibringung der Amtsurkunde über den gerichtlichen Erlag die Vormerkung zum Zwecke der Löschung der Forderung statt. Die Rechtfertigung auch dieser Vormerkung geschieht nach den gewöhnlichen Grundsätzen. „Wurde die Löschung eines Rechts nur vorgemerkt, so können in Hinsicht desselben zwar weitere Eintragungen, z. B. von Afterpfandrechten oder Cessionen bewilligt werden; doch hängt der rechtliche Bestand davon ab, ob die Vormerkung der Löschung gerechtfertigt wird oder nicht. Wird die Vormerkung gerechtfertigt, so sind bei der Eintragung der Rechtfertigung zugleich alle jene Eintragungen von Amtswegen zu löschen, welche hinsichtlich des nunmehr gelöschten Rechts mittlerweile bewilligt wurden" (G.=B.=G. §. 50).

Ein weiteres besonderes Mittel, um präjudicirlichen Cessionen und Superintabulationen nach erfolgter Tilgung der Schuld selbst unter solchen Umständen vorzubeugen, unter welchen nach den bekannten Grundsätzen über die Priorität der Behandlung der Tabulargesuche nicht einmal das sofortige Löschungsansuchen ausreichenden Schutz geboten hätte, enthält das G.=B.=G. in dem Institut der Anmerkung der Rangordnung. Der Hypothekargläubiger kann nämlich die bücherliche Anmerkung der beabsichtigten Löschung seiner Forderung verlangen (§. 53 G.=B.=G.); wird dann binnen 60 Tagen, von der Bewilligung der Anmerkung gerechnet, um die wirkliche Löschung oder deren Pränotation angesucht, so sind alle späteren auf diese Hypothekarforderung erfolgten Eintragungen zu löschen (§§. 55—57 G.=B.=G.).

Eine mit After= oder Superhypothek belastete Forderung kann nur auf Grund einer von dem unmittelbaren und dem superintabulirten Gläubiger ausgestellten Löschungserklärung oder eines auf Grund gerichtlicher Deposition erwirkten Löschungsurtheils gelöscht werden[27]); doch ist auch auf Grund der bloßen Löschungserklärung des ersten Gläubigers die Löschung seines Pfandrechts, allein mit Vorbehalt der Rechte des superintabulirten, zu bewilligen.[28])

Wurde die intabulirte Forderung cedirt, ohne daß die Cession im öffentlichen Buche ersichtlich wäre, so erfolgt die Löschung auf Grund der vom Cessionar ausgestellten Löschungserklärung und der Cessionsurkunde (G.=B.=G. §. 22).

Ist eine Löschung nichtig[29]), so kann binnen der gewöhnlichen Verjährungsfrist auf Wiederherstellung des früheren Grundbuchstandes geklagt werden (G.=B.=G. §. 62). Um aber den Kläger dagegen zu schützen, daß während des Processes weitere Gläubiger zuwachsen, deren Rangordnung

27) Entsch. G.=H. 1864 Nr. 91 [= Sammlung IV. Nr. 1993].

28) Pl.=Entsch. G.=Z. 1866 Nr. 13, 1867 Nr. 36 [= Samml. V. Nr. 2151, 2648]. Grundb.=G. §. 51, wonach auch weitere Eintragungen auf diese beschränkt gelöschte Hypothekarforderung nicht mehr bewilligt werden dürfen. Nach Ihering Dogm. Jahrb. X. S. 442 ein Fall der Erlöschung des Rechts unter Fortdauer seiner passiven Wirkungen.

29) Wie z. B. wenn sie auf Grund einer gefälschten Quittung erwirkt worden war.

er besonders zu bestreiten hätte, und daß das unrechtmäßig entlastete Pfandobject an einen Dritten übergehe, gegen welchen die Wiederherstellung des vorigen Standes unmöglich wäre, ist auch hier die bücherliche Anmerkung der Klage mit der Wirkung zulässig, daß das über die Klage ergehende Urtheil auch gegen die späteren Erwerber von Tabularrechten volle Wirksamkeit äußert (G.-B.-G. §. 61). Bücherliche Rechte Dritter aber, welche vor der Streitanmerkung erwirkt wurden, können durch diese Klage nur berührt werden, wenn die Streitanmerkung vor Ablauf der gegen die (bestrittene) Löschung offen stehenden Recursfrist erwirkt wurde und die Klage innerhalb weiterer 60 Tage überreicht worden ist. Hatte aber der Erwerber des bücherlichen Rechts dasselbe nicht in gutem Glauben erworben, oder war der Hypothekargläubiger von der Löschung nicht verständigt, dann gelten die Regeln des G.-B.-G. §§. 63, 66, bezw. §. 64.

Einen besonderen Fall der Löschung des Pfandrechts — die Löschung alter Satzposten, um welche sich Niemand kümmert — behandeln abweichend von den allgemeinen Regeln schon die Hofd. v. 15. März 1784 Nr. 262, 20. Nov. 1818 Nr. 1519 und 3. August 1822 Nr. 1885 J.-G.-S. Wenn nämlich eine Schuldpost schon mindestens 50 Jahre bücherlich haftet, ohne daß sich Jemand des Capitals oder der Interessen halber gemeldet hätte, und diese Post weder auf den Namen eines noch existirenden, noch eines solchen Gläubigers lautet, dessen Erben bekannt sind, — dann kann die Post auf Grund einer vom Schuldner erwirkten, fruchtlos bleibenden, auf ein Jahr, sechs Wochen und drei Tage gestellten Edictalcitation gelöscht werden. Diese Art der Löschung alter Schuldposten ist auch in das G.-B.-G. übergegangen, welches daran (§§. 118 bis 121) nur Folgendes geändert hat: Es ist nunmehr die Edictalfrist rund auf ein Jahr festgesetzt, das Edict muß dreimal den öffentlichen Blättern eingeschaltet werden, und endlich ist bestimmt, daß jede weitere Eintragung auf die zu löschende Schuldpost die 50jährige Frist unterbricht.

II. Durch Zeitablauf. Ist die durch Hypothek bedeckte Forderung von der Art, daß sie selbst durch Zeitablauf erlischt[30]), oder wurde das Pfandrecht nur für eine gewisse Zeit bestellt, oder ist der Verpfänder nur zeitlicher Eigenthümer des Hypothekargutes, — dann ist zu unterscheiden, ob diese Zeitlichkeit im öffentlichen Buche ersichtlich ist oder nicht. Im ersten Falle erlischt das Pfandrecht ipso jure durch den Ablauf der bestimmten Zeit[31]), und die Löschung desselben im öffentlichen Buche geschieht nicht zum Zwecke der Aufhebung des Pfandrechts, sondern nur zur Evidenzhaltung des Grundbuchsstandes. Ist aber die Zeitlichkeit aus dem öffentlichen Buche nicht ersichtlich, dann ist davon auszugehen, daß der Grundbuchsstand entscheidend ist, wonach das Pfandrecht nicht als ein zeitlich beschränktes erscheint, und daß somit das Pfandrecht erst durch die bücherliche Löschung aufgehoben wird. Freilich aber — wenn

---

30) Z. B. eine nur für eine gewisse Zeit geleistete Bürgschaft, §. 1363 b. G.-B.

31) Entsch. G.-Z. 1855 Nr. 85 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 745].

der Pfandgläubiger bei der Pfandbestellung Kenntniß hatte von den die Zeitlichkeit begründenden Umständen, so ist das für ihn ebensoviel, als apparirte die Zeitlichkeit aus dem öffentlichen Buche; denn entweder hat er nun für die Folgezeit stillschweigend auf das Pfandrecht verzichtet, oder er muß sich, wenn er es doloser Weise gleichwohl noch in Anspruch nehmen will, gefallen lassen, daß dasselbe ihm gegenüber[32]) als durch Zeitablauf unwirksam geworden behandelt wird (§. 468).

Die Löschung im öffentlichen Buche erfolgt in diesen Fällen ohne förmliche Tabularurkunde regelmäßig auf einfaches Ansuchen; nur wenn das Eintreffen des Zeitpunktes nicht voraus berechenbar ist, muß darüber eine vollglaubwürdige[33]) Urkunde vorgelegt werden. Ist insbesondere ein Recht, welches nicht wiederkehrende Leistungen zum Gegenstande hat, ausdrücklich nur für die Lebensdauer einer Person eingetragen, so kann die Einverleibung seiner Löschung schon auf Grund des Todtenscheins oder der Todeserklärung allein bewilligt werden. Bei solchen Rechten aber, welche wiederkehrende Leistungen zum Gegenstande haben[34]), kann die Einverleibung der Löschung auf Grund dieser Urkunde allein erst nach Ablauf von drei Jahren nach dem Todestage bewilligt werden, dafern nicht der Erbe die Anmerkung einer Klage auf Zahlung des Rückstandes erwirkt hat.[35])

Hinsichtlich der Erlöschung des an Immobilien durch Rechtssatz entstandenen Pfandrechts, sowie des Pfandrechts an Grundstücken, die in keinem öffentlichen Buche vorkommen, gelten die von der Erlöschung des Mobilarpfandrechts bestehenden Grundsätze. Die nämlichen Regeln gelten auch von der Erlöschung des Pfandrechts an Rechten, wofern diese Rechte nicht einen Gegenstand der öffentlichen Bücher bilden, in welchem Falle die für das (intabulirte) Hypothekenrecht geltenden Grundsätze zur Anwendung kommen.[36])

§. 293. Der Schutz des Pfandrechts.

Das Pfandrecht hat das Eigenthümliche, daß dessen Ausübung (die Befriedigung aus dem Pfande) nicht wie die anderer Rechte willkürlich,

32) Dem redlichen Cessionar dieses Pfandgläubigers würde aber des Letzteren Wissen nicht schaden. Danach ist die Stylisirung des §. 468 b. G.-B., welche die Fälle des Apparirens im öffentlichen Buche und des Wissens des Gläubigers ganz gleich hält, nicht ganz genau.

33) Nicht eine Tabularurkunde.

34) Z. B. einer hypothekarisch sichergestellten Pension, die zwar mit dem Tode des Pensionärs erlischt, bei der aber seine Erben das Recht haben, etwa rückständig gebliebene Pensionsraten auch noch nach dem Tode des Berechtigten einzufordern.

35) G.-B.-G. §. 34. Der Grund dieser Unterscheidung erhellt aus §. 18 G.-B.-G., wonach auch den drei Jahre rückständigen Ansprüchen auf jährliche Renten u. dgl. die Priorität des Bezugsrechts zukommt. Vgl. schon Aussez Grundb.-O. §. 453, Kitka G.-H. 1859 Nr. 29 mit Berufung auf eine im gleichen Sinne erflossene Pl.-Entsch.

36) Das auf einen Fruchtgenuß superintabulirte Pfandrecht erlischt demnach ipso jure durch den Tod des Fruchtnießers (§. 468); das auf einer Forderung superintabulirte Pfandrecht aber erlischt nicht durch (uneinverständlich mit dem zweiten Gläubiger) vom Schuldner an den ersten Gläubiger geleistete Zahlung (arg. §. 455 b. G.-B.).

sondern regelmäßig nur unter gerichtlicher Intervention stattfinden darf (§. 461 b. G.-B.). Darum erstrebt die Pfandklage nach östr. Recht regelmäßig[1]) andere Ziele, als nach röm. Recht; während sie nach röm. Recht auf Ausfolgung des Pfandes zum Zwecke der daraus zu erholenden Befriedigung gerichtet ist[2]), bedarf es nach östr. Recht dieser Ausfolgung gar nicht, und es geht daher der Anspruch des Pfandgläubigers nur auf Zulassung der Befriedigung aus dem Pfande mittelst gerichtlicher Intervention[3]); so ist die Klage nach röm. Recht regelmäßig eine condemnatorische, nach östr. Recht regelmäßig eine präjudicielle. Regelmäßig, nicht immer: das Pfandrecht kann nämlich nicht nur zum Zwecke der Befriedigung aus dem Pfande, sondern auch zur Abwendung einer drohenden oder Gutmachung einer bereits geschehenen Verschlechterung der Pfandsache geltend gemacht werden, — in welchem Falle die Pfandklage allerdings condemnatorisch ist; desgleichen hat der Pfandgläubiger, wenn die Verletzung seines Rechts in der widerrechtlichen Entziehung des Faustpfandes besteht, eine wirksame condemnatorische Klage gegen jeden Besitzer (auch den redlichen Erwerber) der Pfandsache[4]); wo es sich aber blos um die Anerkennung des bestrittenen Pfandrechts gegenüber dem Pfandeigenthümer[5]) oder gegenüber einem Dritten[6]) handelt, da ist die Klage wieder eine präjudicielle.

Klagegrund und daher Gegenstand des Beweises bei der Pfandklage ist

1) die Existenz des Pfandrechts und der Forderung.[7]) Das Pfandrecht wird dargethan durch den Nachweis der betreffenden Erwerbsthatsache, und — wenn der Erwerb, wie das meist der Fall ist, ein deriva-

1) Die Pfandklage will überhaupt das Pfandrecht geltend machen; ihr Klagegrund ist immer derselbe, ihr Gegenstand oder Inhalt variirt aber nach Verschiedenheit der Veranlassung. Die gewöhnliche Veranlassung ist die Zahlungssäumniß des Schuldners, und danach ist auch das Ziel der Klage gewöhnlich das im Texte als das regelmäßige genannte.

2) Arndts §. 378. Ueber die sehr bestrittene Theorie des interd. Salvianum vgl. Arndts §. 379, Windscheid §. 235 Note 1.

3) Hienach ist §. 461 b. G.-B., welcher dem Gläubiger das Recht gibt, die Feilbietung gerichtlich zu verlangen, zu eng gefaßt; selbst wo das Feilbietungsbegehren zulässig wäre, begnügt sich der Gläubiger oft mit der Befriedigung durch Fruchtbezug im Wege der gerichtlichen Sequestration — der oben angeführten anderweitigen Arten der pignoris executio gar nicht zu gedenken.

4) So unzweifelhaft nach röm. R. (Arndts §. 378, Heimbach im Rechtslex. VIII. S. 36, Windscheid §. 235 Nr. 2), da ja die Ausfolgung des Pfandes eine nothwendige Voraussetzung der Durchführung des außergerichtlichen Verkaufes war. Für das östr. R. besteht wenigstens nicht die gleiche Nothwendigkeit, dem Detentionsrecht des Faustpfandgläubigers dinglichen Charakter beizulegen. — Die Klage wegen Anmaßung eines Afterpfandrechts, einer Cession oder der Priorität fällt unter den Begriff der Negatorienklage (Löschungsklage).

5) Z. B. er bestreitet die Identität eines bestimmten Grundstückes mit dem Gegenstande einer bücherlich haftenden Hypothek.

6) Z. B. ein Pfandgläubiger will die von einem Anderen früher erwirkte gerichtliche Pfändung nicht anerkennen. Vgl. den Rechtsfall G.-Z. 1858 Nr. 63 [= Sammlung I. Nr. 200].

tiver ist — durch den Nachweis des Rechts des Auctors, in welcher Beziehung die bei der Eigenthumsklage entwickelten Grundsätze auch hier maßgebend sind; doch bedarf es bei einem auf Intabulation gestützten Erwerbe des letzteren Beweises nicht, denn die Intabulation des Nachmanns beweist der Regel nach die Intabulation des Vormanns schon darum, weil ein Nachmann ohne vorausgegangene Intabulation des Vormanns, von dem er sein Recht ableitet, nicht eingetragen werden darf (§§. 432, 445 b. G.-B.). Gelingt bei derivativem Erwerb dem Kläger der ihm obliegende Beweis des Rechts seines Auctors nicht, dann hat er gegen den unmittelbaren Verpfänder und dessen Erben wenigstens die persönliche Klage auf Gestattung der Ausübung des Pfandrechts, und gegen dessen Singularsuccessor die Publicianische Klage[8]) (arg. §§. 372 bis 374 b. G.-B.).

2) Handelt es sich um die Ausübung eines für eine betagte oder bedingte Schuld bestellten Pfandrechts, so muß auch die Fälligkeit der Schuld bezw. die Erfüllung der Bedingung bewiesen werden.

3) Bei der condemnatorischen Pfandklage endlich muß auch die (drohende oder erfolgte) Verletzung des Pfandrechts erwiesen werden.

Die condemnatorische Pfandklage begehrt die Unterlassung der drohenden, bezw. die Gutmachung der erfolgten Verschlimmerung der Pfandsache durch Wiederherstellung des vorigen Zustandes, eventuell durch Bestellung eines anderen angemessenen Pfandes (§. 458 b. G.-B.)[9]), bezw. (wenn es sich nämlich um widerrechtliche Entziehung des Faustpfandes handelt) die Herausgabe der entzogenen Pfandsache; dagegen bei der präjudiciellen Pfandklage begehrt der Kläger die Anerkennung des Pfandrechts, und, wo es sich um dessen sofortige Ausübung handelt, die Gestattung der gesetzmäßigen Befriedigung aus dem Pfande.[10]) Niemals aber bildet die Zahlung der Schuld den Gegenstand der Pfandklage[11]); sie kann nur in der mit dieser allfällig concurrirenden persönlichen Schuldklage verlangt werden, nicht mit der Pfandklage[12]), weil der Pfandeigenthümer, ebenso wie

7) Auch die letztere muß bewiesen werden, denn ohne Forderung kann das Pfandrecht nicht bestehen. Arndts §. 378, Heimbach S. 36, 37. A. M. mit Unrecht Fortwängler G.-Z. 1860 Nr. 15, 16.

8) Keller §. 193, Arndts §§. 371, 378, Vangerow I. S. 952. Der Einzelnachfolger des Verpfänders mag zwar in solchem Falle ebenfalls die Public. (negator.) Eigenthumsklage gegen den Pfandgläubiger haben, allein sie wird elidirt durch die Einrede des gleich starken Rechts (§. 372 b. G.-B.).

9) Diese Verbindlichkeit obliegt auch einem Dritten, welcher die Pfandsache schuldbarer Weise beschädigt hat.

10) Danach ist das Petit der Klage dahin zu formuliren, daß Kläger berechtigt sei, zur Einbringung seiner Forderung pr. ... sich aus der verpfändeten Sache ... im gesetzmäßigen Wege zu befriedigen.

11) Dagegen Mack Ztschr. f. R. u. St. 1849 I. S. 336 fg., und ein Ungenannter ebda. 1843 I. S. 261, 321 fg., welche den neuen Besitzer des Hypothekargutes für den Personalschuldner halten; der letztere Autor meint auch allen Ernstes, der ursprüngliche Personalschuldner werde durch die Veräußerung des Pfandes von seiner Schuld liberirt — als ob die Pfandschuld eine Reallast wäre!

12) Auch das Petit auf „Zahlung bei sonstiger Execution der Hypothek“ (Kopezky Ztschr. f. R. u. St. 1837 II.

der Eigenthümer einer mit einem anderen dinglichen Rechte belasteten Sache, als solcher zu keiner positiven Leistung verpflichtet ist.[13]) Es versteht sich hienach von selbst, daß auf Grund eines gegen den Pfandeigenthümer (der nicht zugleich Personalschuldner ist) erwirkten rechtskräftigen Urtheils die Befriedigung nur aus dem Pfande gesucht, nicht aber auf sein sonstiges Vermögen gegriffen werden kann.[14])

Die Klage auf Befriedigung aus dem Pfande muß immer gegen den Besitzer desselben gerichtet werden[15]); §. 378 b. G.-B., wonach der Beklagte, wenn er nach zugestellter Klage den Besitz fahren läßt, dem Kläger verantwortlich wird, ist jedoch auf die Pfandklage nicht anwendbar, da es sich bei ihr gar nicht um die Herausgabe der Sache handelt.[16])

Von den Einwendungen, welche der Pfandklage entgegengesetzt werden können, verdienen namentlich jene Beachtung, welche gegenüber der auf Befriedigung aus dem Pfande gerichteten Pfandklage in Frage kommen.

Da das Pfandrecht eine giltige Forderung voraussetzt, so sind alle Einwendungen, die das Forderungsrecht entkräften, zugleich auch Einwendungen gegen das Pfandrecht; der beklagte Pfandeigenthümer kann daher, auch wenn er nicht Personalschuldner ist, sowohl jene Umstände wirksam einwenden, welche die Entstehung einer giltigen Forderung hinderten, wie: Handlungsunfähigkeit des persönlichen Schuldners, Furcht und Irrthum, Verletzung über die Hälfte u. dgl., als auch jene, wodurch die giltig entstandene Forderung ganz oder zum Theile aufgehoben wird,

---

S. 251 fg.) ist nicht richtig. Vgl. K. V. ebda. 1840 I. S. 371 fg., Sonnleithner ebda. 1832 I. S. 43 fg., Turnes ebda. 1847 I. S. 316 fg., Schuster Ist der Uebernehmer eines verpfändeten Grundstücks den Hypothekargläubigern persönlich verantwortlich? Wien 1830.

13) Unger System I. S. 517 Note 25, S. 495 Note 23, S. 533 Note 88. Darum sagt §. 461 b. G.-B., der Pfandgläubiger sei berechtigt, „die Feilbietung des Pfandes gerichtlich zu verlangen", darum erklären die beiden G.-Z. 1869 Nr. 65 [= Samml. VI. Nr. 3201, 3205] mitgetheilten Entsch. die Einleitung des Mandatsprocesses bei Hypothekarklagen für unzulässig, da dieses Verfahren nach der J.-M.-V. v. 18. Juli 1859 R.-G.-B. Nr. 130 nur dann Anwendung findet, wenn es sich um eine auf Erfüllung einer persönlichen Verbindlichkeit gerichtete Klage handelt. — Obwohl aber der Pfandeigenthümer als solcher zur Zahlung nicht verpflichtet ist, so ist er wegen seines jus offerendi dazu allerdings berechtigt. Arndts §. 378, Heimbach S. 36. Er ist aber keineswegs Schuldner in einer alternativen Obligation, und es darf daher das Petit auch nicht auf Zahlung der Schuld oder Gestattung der Befriedigung aus dem Pfande gestellt werden.

14) Entsch. G.-Z. 1866 Nr. 18, 91 [= Sammlung V. Nr. 2349, 2510], und in Ztschr. f. R. u. St. 1849 I. S. 45 fg. [= Peitler 2. Aufl. Nr. 244].

15) Auch wenn er noch nicht im öffentlichen Buche angeschrieben ist. Entsch. G.-H. 1866 Nr. 1 [= Sammlung V. Nr. 2699].

16) Arg. J.-M.-V. v. 19. Sept. 1860 Nr. 212, welche von der Veräußerung des Hypothekargutes während des Processes und ihrer Wirkung auf den Verlauf des Processes spricht, von einer dem §. 378 cit. analogen Rechtsfolge aber schweigt. — Anders nach röm. R., nach welchem die Grundsätze vom fictus poss. auch auf den mit der a. hyp. Belangten Anwendung finden. Arndts §. 378, Heimbach S. 36, 39.

wie: Zahlung, Novation, Verzicht, Zeitablauf, Vergleich u. s. w.[17]); ja selbst Compensation und Verjährung[18]), obwohl die Wirksamkeit dieser beiden juristischen Thatsachen von der erst abzuwartenden Einwendung desjenigen, der dadurch befreit wird (des Personalschuldners) abhängt. Nur die Confusion erzeugt für den Beklagten, insofern sie nicht eine wirkliche Befriedigung des Gläubigers involvirt[19]), keinen Befreiungsgrund.

Wenn aber auch die Thatsachen, wodurch die Verbindlichkeit des Personalschuldners aufgehoben oder vermindert wird, auch dem dritten Pfandeigenthümer zu Statten kommen, so darf daraus doch nicht umgekehrt der Schluß gezogen werden, daß ebenso die die Verbindlichkeit des Personalschuldners vergrößernden oder sonst modificirenden Thatsachen eine verhältnißmäßig erweiterte Haftung der Pfandsache herbeiführen. Mit anderen Worten: Spätere Modificationen der ursprünglichen Forderung, z. B. durch Vereinbarung einer früheren Zahlungszeit, Veränderung ihres Gegenstandes, Verabredung von Zinsen oder höheren Zinsen, Verzug des Schuldners[20]) u. dgl., sowie die gegen den Personalschuldner eingetretene Unterbrechung[21]) oder Hemmung der Verjährung haben gegen den Pfandeigenthümer, insoweit dessen Lage dadurch verschlimmert werden würde, keine Wirkung (§§. 1379, 1390).

Die Einrede der Vorausklage (exc. excussionis personalis)[22]), d. i. die Einrede, mit welcher der Pfandeigenthümer verlangen konnte, daß der Gläubiger seine Befriedigung vorerst beim Personalschuldner suche, ist in das östr. Recht nicht übergegangen; dieses stellt vielmehr die Reihenfolge der Inanspruchnahme ganz in das Belieben des Gläubigers (§. 466 b. G.-B.), so daß er zuerst den Personalschuldner, oder zuerst den Pfandeigenthümer, oder auch beide gleichzeitig belangen kann. Just.-Min.-Vdg. v. 19. Sept. 1860 R.-G.-B. Nr. 212 §. 2.[23]) Der etwas zweifelhafte

---

17) Das Gesagte gilt auch, wenn der Personalschuldner die Forderung gleichwohl als giltig anerkennen sollte, denn seine Anerkennung wirkt nur gegen ihn, nicht gegen den Pfandeigenthümer (§. 1390 b. G.-B.). Vgl. überhaupt Windscheid §. 235 lit. a und den Aufsatz in G.-H. 1860 Nr. 41. Dagegen wollen Ellinger ad §. 466 und Stubenrauch II. S. 109 dem Pfandeigenthümer nur die unmittelbar aus dem Pfandrechte entnommenen Einwendungen zugestehen.

18) In Entsch. (erster und zweiter Instanz) G.-H. 1866 Nr. 72 wird dem Pfandeigenthümer das Recht abgesprochen, die Verjährung der Forderung einzuwenden. Vgl. dagegen Pann G.-H. 1866 Nr. 94, Entsch. G.-H. 1868 Nr. 1 [= Sammlung VI. Nr. 2904].

19) Z. B. der Beneficiarerbe erlangt aus der Verlassenschaft seines Schuldners die Befriedigung nicht.

20) Entsch. G.-Z. 1856 Nr. 129 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 263] (der Pfandeigenthümer haftet nicht für die Verzugszinsen, die auflaufen während der Dauer einer Execution, der er sich nicht widersetzt). Dafür spricht auch die Analogie der Bürgschaft (§. 1353 b. G.-B.). Vgl. Turnes Ztschr. f. R. u. St. 1849 I. S. 336 fg.

21) Entsch. G.-Z. 1858 Nr. 31 [= Sammlung I. Nr. 240].

22) Windscheid §. 235 lit. c. Verschieden davon ist die exc. excussionis realis, d. i. das Recht, zu verlangen, daß sich der Gläubiger zuerst aus dem Specialpfande und dann erst aus der Generalhypothek zahlhaft mache. Arndts §. 378, Heimbach S. 41, 42.

23) Der Paragraph lautet: „Es steht dem Hypothekargläubiger frei, sowohl seine Klage, als auch die Aufkündigung, insoferne von derselben die Fälligkeit der

Wortlaut des §. 466 b. G.-B.[24]) erklärt sich aus dem A. L.-R. I. 20 §. 494[25]), dem er entnommen wurde.[26])

Hat der Pfandeigenthümer gezahlt, so gebührt ihm im Zweifel, wenn er nicht zugleich Schuldner ist, von Seite des letzteren der Rückersatz (§. 1042); auch kann er sich vom Gläubiger die Forderung cediren lassen (§§. 1422, 1423); von selbst geht sie durch die bloße Zahlung auf ihn nicht über, denn §. 1358, auf den man sich für das Gegentheil berufen hat, hat nur den zahlenden Bürgen im Auge.

Wird dem Verpfänder nach erfolgter Tilgung der Schuld das Pfand nicht oder in beschädigtem Zustande zurückgestellt, so hat er eine Klage auf Rückstellung bezw. auf Schadloshaltung, welche, weil unmittelbar auf dem Pfandvertrage beruhend, eine persönliche ist (actio pignerat. in personam directa[27]), §§. 1369, 459, 460 b. G.-B.), daher die Zurückstellung des Pfandes erfolgen muß ohne Rücksicht, ob der Verpfänder Eigenthümer ist oder nicht (§. 348 b. G.-B.). Von ähnlicher Natur ist bei bücherlichem Pfande die Klage auf Ausstellung einer Löschungserklärung (§. 1369), welche ebenfalls ohne Rücksicht auf das Eigenthum des Pfandbestellers von diesem nach Erlöschung der Schuld verlangt werden kann.

Forderung abhängt, entweder gegen den persönlichen Schuldner oder gegen den Eigenthümer des Pfandgutes, oder gegen beide gemeinschaftlich zu richten." Der Grund der Abweichung vom röm. R. dürfte der nämliche sein, der die Beseitigung der dem römischen Bürgen zustehenden exceptio excussionis (§. 1355) veranlaßte: das deutschrechtliche Princip der Solidarität des Mithafters.

24) Der Ausdruck: „es steht frei" könnte auch gleichbedeutend mit: „er ist berechtigt" verstanden werden; dann wäre damit kein Wahlrecht, sondern nur die Reihenfolge der zur Befriedigung führenden Schritte normirt. So in der That Kopp G.-H. 1859 Nr. 28—30, Harum in Ztschr. f. R. u. St. 1849 II. S. 207 fg.

25) Der Paragraph lautet: „Auch hat der Gläubiger, wenngleich die Sache sich in den Händen eines dritten Besitzers befindet, dennoch die freie Wahl, ob er sogleich an diesen oder zuerst an die Person seines Schuldners sich halten wolle."

26) Mit dem gegen den Pfandeigenthümer erwirkten Urtheil kann gegen dessen Singularsuccessor die Execution nur dann erwirkt werden, wenn die Klage noch vor der Umschreibung des Letzteren bücherlich angemerkt wurde (G.-B.-G. §. 60), oder wenn die Umschreibung erst, nachdem das Gut in Execution verfallen war, erfolgte (J.-M.-V. v. 19. Sept. 1860 cit. §§. 3—7). Im Falle einer vor der Umschreibung erwirkten und durch Urtheil gerechtfertigten Pränotation einer Schuldforderung findet die bücherliche Eintragung der Rechtfertigung auch nach der Umschreibung unbedenklich statt, weil schon die gerichtliche Zuerkennung für sich die volle Rechtfertigung der Pränotation bildet (Entsch. G.-Z. 1861 Nr. 103, 1857 Nr. 43, 92, 1858 Nr. 1 [= Sammlung III. Nr. 1324, I. Nr. 278, 322, 438]). — Auf Grund der gegen den Vormann erfolgten Aufkündigung kann gegen den Singularnachfolger geklagt werden, wenn die Aufkündigung bücherlich angemerkt wurde (J.-M.-V. v. 19. Sept. 1860 §. 5, G.-B.-G. §. 60). — Die Anmerkung der Klage ist nach Entsch. Spr.-Rep. Nr. 68 (G.-Z. 1874 Nr. 20 [= Sammlung XII. Nr. 5281]) auch dann zulässig, wenn die eingeklagte Forderung auf einer Hypothekarforderung superintabulirt ist. — Entsch. G.-Z. 1874 Nr. 15 [= Sammlung XI. Nr. 5148] nimmt die Zulässigkeit der Anmerkung einer Klage auf Anerkennung eines intabulirten Abstockungsrechts an, weil eine solche Intabulation eine Pfandrechtsintabulation (?) sei.

27) Vgl. Arndts §. 288.

§. 294. Der Begriff der Obligation.[1])

Eine Forderung ist das einer Person gegen eine andere, und zwar nur gegen diese, zustehende Recht auf eine bestimmte Handlung. Die Handlung kann eine positive oder eine negative sein (§. 921 b. G.-B.) und wird technisch die Leistung genannt[2]); das b. G.-B. zählt sie zu den Sachen (§. 285), und nennt darum (§. 307) die Forderungen persönliche Sachenrechte. Daß die Leistung einen Geldwerth habe, ist zum Begriff der Forderung nicht wesentlich[3]); es ist genügend, daß sie irgend ein Interesse des Berechtigten zu befriedigen geeignet ist (§. 285 b. G.-B.)[4]), und daß sie möglich und erlaubt ist (§. 878)[5]); hat sie aber — wie gewöhnlich — einen Geldwerth, so genießt sie insofern ausgiebigeren Rechtsschutz[6]), als sie bei schuldbarer Nichterfüllung die Verurtheilung auf diesen Geldwerth zur Folge haben kann (§. 1323 mit §. 304 b. G.-B.).[7])

Der Forderungsberechtigte wird Gläubiger (creditor), der Verpflichtete Schuldner (debitor), das Recht Forderung oder Forderungsrecht, die Verbindlichkeit Schuld genannt; der auch in der deutschen Rechtssprache übliche, aus dem röm. Recht entlehnte Ausdruck Obligation bezeichnet beides.[8])

---

1) Literatur: Bucher D. R. d. Forderungen 1815. 2. Aufl. 1830; Unterholzner Lehre v. d. Schuldverh. 2 Bde. 1840; Koch Das Recht der Forderungen nach gem. u. preuß. R. 3 Bde. 1836, 1840, 1843; Savigny D. Obl.-R. 2 Bde. Berlin 1851, 1853; Heimbach Rechtslex. VII. S. 402 fg.; Thöl Handelsrecht. 1. Bd.; Vangerow Lehrb. 3. Bd.; Holzschuher Theorie und Casuist. II/2.

2) Windscheid §. 252; vgl. oben Bd. I. §. 135 S. 375 fg.

3) Dagegen Puchta §. 224, Arndts §. 201, Keller §. 223 (S. 440, 441), Unger System I. S. 372 Note 5 und überhaupt die Mehrzahl der Romanisten. Mit dem Texte einverstanden Windscheid §. 251 und Heimbach S. 406, welche die scheinbar entgegenstehenden Quellenaussprüche daraus erklären, daß der ältere römische Proceß nur eine Geldcondemnation kannte, — ein Umstand, der für das heutige Recht nicht mehr von Einfluß sein kann. Auch Unger D. revid. sächs. Entw. S. 52 behauptet das Erforderniß des Geldwerthes nur als Regel, erblickt aber unbedenklich eine wahre Obligation in der Ueberlassung des sog. literarischen Eigenthums an einen Verleger Seitens des Schriftstellers, auch wenn der Erstere keine andere Verbindlichkeit, als die, das Werk zu verbreiten, übernimmt. (Vgl. auch Gerber §. 200.) Auch Savigny, welcher zwar Syst. I. S. 377 principiell verlangt, daß die den Gegenstand der Obligation bildende Handlung einen Geldwerth habe, gibt doch (S. 378) zu, daß Handlungen, für welche die Umsetzung in Geldsummen undenkbar ist, wenigstens „in unvollkommener Weise" den Gegenstand von Obligationen bilden können.

4) Nicht entgegen §. 653 b. G.-B., welcher als Gegenstände eines Legats Handlungen nennt, die „einen Werth haben"; denn dieser Werth kann auch ein bloßer Gebrauchswerth sein.

5) Was unmöglich oder unerlaubt ist, kann nicht Gegenstand des Rechtsschutzes, also auch nicht einer Obligation sein.

6) Auch kann nur für eine solche Handlung Bürgschaft geleistet werden (§. 1350 b. G.-B.).

7) Ausbedingung einer Conventionalstrafe ist übrigens ein geeignetes Mittel, auch einer Forderung ohne Geldwerth diesen höheren Rechtsschutz zu verschaffen.

8) Windscheid §. 251a, Arndts §. 201.

Die Forderungen lassen sich nicht, wie die dinglichen Rechte, in eine geschlossene Reihe bringen; ihre Zahl ist eine unbeschränkte; nur für einzelne häufiger vorkommende Fälle haben sich besondere Bezeichnungen mit festen Regeln gebildet; diese sind der Gegenstand der Darstellung im speciellen Theile des Obligationenrechts; um so wichtiger ist auf diesem Gebiete der allgemeine Theil, welcher das den Obligationen Gemeinsame zu erörtern hat.

§. 295. Der Gegenstand der Forderungsverhältnisse im Allgemeinen.

Gegenstand des Forderungsrechts ist die bestimmte — positive oder negative, d. i. in einem Thun oder Unterlassen bestehende — Handlung des Schuldners. Von besonderer Wichtigkeit sind die positiven Leistungen und unter diesen namentlich jene, welche die Hingabe einer Sache zum Zwecke eines Eigenthums- oder sonstigen Rechtserwerbes, oder die Rückstellung einer Sache zum Inhalt haben[1]) — die auf ein Geben (dare) gerichteten Obligationen, im Gegensatze der auf ein Thun (facere) gerichteten Obligationen (§. 861). Unter den negativen Leistungen verdienen besondere Hervorhebung jene, welche zum Nichthindern der Benutzung einer Sache verpflichten, und im Gegensatze zu den Obligationen auf einfaches Unterlassen als Obligationen auf ein Dulden oder Gestatten bezeichnet werden (§. 861). Die negativen Leistungen sind in der Regel dauernder, die positiven vorübergehender Natur[2]), was schon wegen der Möglichkeit des Besitzes dauernder Leistungen von practischer Bedeutung ist. Doch gibt es auch unter den positiven Leistungen solche, die fortdauernd sind und daher nach Umständen auch als Gegenstand des Besitzes erscheinen können, wie namentlich die Reallasten.

Nach Verschiedenheit ihres Gegenstandes werden die Forderungen eingetheilt:

1) In theilbare und untheilbare, je nachdem die Leistung in Bruchtheile (Quoten) zerlegt werden kann oder nicht.[3]) Bei theilbaren Forderungen ist die Theilleistung nur quantitativ, nicht qualitativ verschieden von der Gesammtleistung[4]), und es steht daher ihr Umfang auch in genauem Verhältniß zu ihrem Werthe (z. B. bei Forderungen auf Zahlung einer Geldsumme); bei untheilbaren Forderungen dagegen lassen sich Leistungsquoten nicht denken, und die einzelnen Acte, aus denen die Gesammtleistung (z. B. die Aufführung eines Bauwerks)[5]) zusammengesetzt sein mag, sind von der letzteren nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ verschieden, und können daher nicht als Theile derselben betrachtet werden. — Theilbar sind alle Forderungen, die gerichtet sind auf

1) Windscheid §. 252 Nr. 1.
2) Windscheid a. a. O. Nr. 2.
3) Windscheid §. 253, Keller §. 246 S. 481.
4) Windscheid §. 253.
5) Mit Recht sagt Windscheid §. 253 Note 2, daß die einzelnen Handlungen, durch welche die Errichtung eines Bauwerks bewerkstelligt wird, zum Inhalt nicht die Errichtung des Bauwerks haben, sondern daß diese nur ihr Zweck ist; die Verpflichtung zu bauen ist daher nicht sowohl eine theilbare, als eine zusammengesetzte.

das Verschaffen des Eigenthums oder eines anderen theilbaren Rechts[6]) an einer Sache, und zwar der Regel nach auch dann, wenn die letztere eine untheilbare wäre, da ja auch an einer solchen Mitbesitz und Miteigenthum verschafft werden kann[7]); ferner jene, welche die Befreiung von einem theilbaren Rechte eines Anderen zum Gegenstande haben[8]); untheilbar hingegen diejenigen, welche die Verschaffung oder Aufhebung eines untheilbaren Rechts[9]), sowie regelmäßig jene, welche „nicht die Bewirkung eines rechtlichen Erfolges“ [10]), sondern ein reines Thun, Dulden oder Unterlassen zum Gegenstande haben[11]) — wenn nicht ausnahmsweise[12]) dennoch eine Erfüllung nach Quoten denkbar ist[13]); darum ist untheilbar auch eine Forderung auf Herausgabe einer deponirten untheilbaren Sache.[14]) Ebenso werden aber auch Forderungen, die an sich theilbar sind, in gewissem Sinne zu untheilbaren, wenn sie als alternative oder generische auftreten[15]), oder wenn ihre rechtzeitige Erfüllung durch eine Conventionalstrafe garantirt ist[16]); bei den ersteren würde nämlich theilweise Erfüllung eine wesentliche Aenderung involviren, und bei den letzteren bliebe, auch wenn ein Theil geleistet worden wäre, die Conventionalstrafe gleichwohl auch weiterhin in ihrem vollen Umfange in Kraft.

Die Bedeutung dieser Eintheilung liegt darin, daß nur theilbare Forderungen theilweise erlöschen können und nur sie beim Uebergang auf mehrere Rechtsnachfolger des Gläubigers oder Schuldners von selbst in mehrere Obligationen zerfallen. Untheilbare Obligationen dagegen stellen immer nur eine einzige Obligation dar, und von theilweiser Erlöschung ist bei ihnen keine Rede (§§. 888—890 b. G.-B.).[17])

2) In bestimmte und unbestimmte. Bestimmt ist eine Forderung auf Uebergabe einer bestimmten Sache oder auf Einräumung eines Rechts an einer solchen, ferner auf ein nach Zeit, Ort und Art völlig

---

6) Z. B. des Pfandrechts oder Fruchtgenusses.

7) Holzschuher II/2. S. 6, Arndts §. 204, Keller §. 246, Windscheid §. 253 Note 4; vgl. aber auch Mages Gesammtschuldverh. S. 42, Kirchstetter 2. Aufl. S. 442 (arg. §. 890 b. G.-B.).

8) Windscheid §. 253.

9) Z. B. Prädialservitut, Miethe einer Wohnung.

10) Windscheid §. 253. Einen rechtlichen Erfolg bezielt z. B. eine Obligation auf Einräumung des Eigenthumsrechts.

11) Holzschuher II/2. S. 6—8, Vangerow §. 567 S. 8—15, Keller §§. 45, 246, Arndts §. 204, Puchta §. 222, Heimbach Rechtslex. VII. S. 427—434.

12) Z. B. bei der Verbindlichkeit, Jemanden mit einem theilbaren Anspruche nicht zu behelligen, der Verbindlichkeit, eine bestimmte Zahl von Arbeitstagen zu leisten u. dgl.

13) Windscheid §. 253 Note 9.

14) Wahrscheinlich ist in diesem Sinne auch L. 72 pr. D. de V. O. 45. 1. zu verstehen, wo fundum tradi neben fossam fodiri und insulam fabricari als untheilbares faciendum erwähnt ist. Vgl. Arndts §. 204 Anm. 2, Windscheid Note 8.

15) Sie können zwar trotzdem durch theilweise Erfüllung theilweise erlöschen; dies erklärt sich aber daraus, daß — anders als nach röm. R. — mit der begonnenen Erfüllung die Alternativität erlischt. §§. 906, 909 b. G.-B.

16) Holzschuher, Arndts, Vangerow a. d. aa. OO.

17) Windscheid §. 253, Vangerow §. 567 S. 7, 8, Arndts und Holzschuher a. a. O., Stubenrauch III. S. 55.

bestimmtes Thun oder Unterlassen; alle anderen Forderungen sind unbestimmt.[18]) Bei unbestimmten Forderungen kann eine besondere Entscheidungsquelle gegeben sein, mittelst deren die Unbestimmtheit behoben werden soll; das kann sein der Ausspruch eines Dritten (vgl. §. 1056 b. G.-B.), oder des Richters (vgl. §§. 904, 659), oder auch eine andere Thatsache (z. B. §. 1058); wo eine solche besondere Entscheidungsquelle nicht fließt, da gilt als Regel, daß die Entscheidung dem Schuldner zusteht, weil dieser überhaupt, so weit er nicht gebunden ist, frei bleibt (§. 906).[19]) Ist aber die Unbestimmtheit eine so weit gehende, daß auch eine ganz werthlose Leistung als Erfüllung angesehen werden müßte, dann ist überhaupt eine rechtlich wirksame Forderung nicht vorhanden (§. 869 b. G.-B.).[20]) — Ist insbesondere die Entscheidung dem Ausspruch eines Dritten überlassen, so gilt dieser Ausspruch als Bedingung der Existenz der Forderung, so daß, wenn der Dritte den Ausspruch unterläßt oder verweigert, eine Forderung gar nicht entsteht (§. 1056)[21]) — es sei denn die Forderung schon ihrer Tendenz nach eine unbedingte, wo dann die vom Dritten versagte Entscheidung an den Richter übergeht (§§. 659, 651 b. G.-B.)[22]); das letztere tritt auch dann ein, wenn der Schuldner die ihm zustehende Entscheidung verweigert (§§. 307, 308 A. G.-O., §. 904 b. G.-B.).[23])

Zu den unbestimmten Forderungen gehören insbesondere die alternativen und die generischen.[24]) Eine alternative Obligation ist vorhanden, wenn unter mehreren concreten Leistungen gewählt werden darf (z. B. Eines von meinen Pferden), — eine generische, wenn der Inhalt der Leistung nur nach allgemeinen Merkmalen bezeichnet ist (z. B. ein Pferd)[25]); auch im letzteren Falle besteht ein Wahlrecht, jedoch nur unter unbestimmten Leistungen. Demnach gehören zu den generischen Forderungen auch jene auf Leistung einer Quantität vertretbarer Sachen.[26]) —

---

18) Windscheid §. 254, Arndts §. 203. Etwas abweichend bestimmt das röm. R. den Begriff der obl. certa und incerta; es zählt zu der ersteren auch die Forderung auf eine Quantität vertretbarer Sachen, was sich durch den Zusammenhang dieser Eintheilung mit den actiones stricti juris und bonae fidei erklärt (Savigny Obl. I. S. 388 Note c, Syst. V. Beil. XIV Nr. XXXII. bis XLVI, Arndts §. 203 Anm. 1), Puchta §. 221, Keller §. 245, Unger Syst. I. S. 405 tragen die römische Eintheilung als geltendes Recht vor, während doch z. B. bezüglich der Gefahr von Quantitäten dieselben Grundsätze gelten, wie von Gattungen.

19) Windscheid §. 254, Arndts §. 203.

20) Windscheid und Arndts a. a. O.

21) Windscheid und Arndts a. a. O.

22) Offenbar gilt nämlich, wenn im Falle des §. 651 der Dritte die Entscheidung verweigert, die Analogie des §. 659.

23) Anders nach röm. R., welches dem Gläubiger das Wahlrecht gibt. Windscheid §. 254 Note 8, §. 255 Note 11, §. 33 J. de act. 4. 6, L. 11 §. 1 D. de leg. II.

24) Windscheid §. 255, Keller §. 245, Arndts §. 203.

25) Bei einer alternativen Obligation besteht die Wahl zwischen mehreren bestimmten, bei der generischen Obligation zwischen mehreren unbestimmten Leistungen. Vgl. Windscheid §. 255, Keller §. 245.

26) Windscheid a. a. O.

Die Wahl steht im Zweifel dem Schuldner zu (§. 906)[27]), daher sie ihm selbst dann offen bleibt, wenn er aus Irrthum cumulativ geleistet haben sollte (arg. §. 1436)[28]), und darum hat auch bei dem Vermächtniß einer Gattung (leg. generis) im Zweifel der Erbe die Auswahl, nur muß er hier aus besonderen Gründen ein Stück wählen, von welchem der Legatar Gebrauch machen kann, darf also nicht ohne weiteres das schlechteste Stück wählen (§. 656).[29]) Durch ausdrückliche Festsetzung kann aber das Wahlrecht auch dem Gläubiger vorbehalten sein.[30]) In dem einen, wie in dem anderen Falle geht es auch an den Nachfolger[31]) des Wahlberechtigten über; nur das bei dem Vermächtniß einer Gattung dem Legatar (leg. optionis) oder einem Dritten vorbehaltene Wahlrecht wird im österr. Recht als höchst persönlich angesehen und daher im Verhinderungsfalle vom Richter ausgeübt (§. 659).[32])

Das Wahlrecht erlischt und die Obligation wird eine bestimmte a) mit der getroffenen Wahl (§. 906), mag sie in einer ausdrücklichen Erklärung oder in der begonnenen Erfüllung bestehen (vgl. §. 909 b. G.-B.)[33]); b) bei alternativen Obligationen, wenn alle Leistungen bis auf eine durch Zufall vereitelt werden (§. 1447)[34]), — es sei denn die Auswahl ausdrücklich vorbehalten gewesen, in welchem Falle nach österr. Recht[35]) die ungeschmälerte Aufrechthaltung der Auswahl als stillschweigende Bedingung der Existenz der Obligation angesehen wird (§. 907). Generische Forderungen dagegen werden durch solche Zufälligkeiten in ihrem Bestande nicht berührt (arg. a contr. aus §. 1447).[36])

---

27) Ebenso nach röm. R. Windscheid und Keller a. a. O., Vangerow III. S. 18. L. 25. pr. L. 34. §. 6. D. de C. E. 18. 1.

28) Ebenso L. 10. C. 4. 5.

29) Nach röm. R. hat hier der Legatar die Auswahl, doch darf er nicht das beste Stück nehmen. Beim leg. optionis (§. 656 in f. b. G.-B.) darf er auch das beste wählen. Arndts §. 579, Keller §. 245.

30) Hat der Gläubiger die Wahl auch dann, wenn der verurtheilte Schuldner die ihm zukommende Wahl nicht treffen will? Vgl. Entsch. G.-Z. 1873 Nr. 9 [= G.-H. 1863 Nr. 7 = Samml. IV. Nr. 1607].

31) Und zwar sowohl an den Einzel-, als an den Gesammtnachfolger. Vangerow III. S. 20, 21, Keller §. 245.

32) Nach röm. R. ist es im ersten Falle vererblich, im zweiten geht es auf den Legatar über. Arndts §. 579.

33) Nach röm. R. dauert das Wahlrecht bis zur vollendeten Erfüllung, so daß man auch nach begonnener Erfüllung seinen Willen ändern kann, und die einseitige Erklärung des Wahlberechtigten ist ohne Bedeutung. Windscheid §. 255, Arndts §. 203 Anm. 3, Vangerow III. S. 19, 20, Holzschuher II/2. S. 20, 21, Keller §. 245. Doch wird die im b. G.-B. enthaltene Bestimmung als auch dem röm. R. entsprechend vertheidigt von Thibaut System §. 81, Mühlenbruch §. 325, Sintenis II. S. 29 Note 53, Schweppe III. §. 379, Ihering Dogm. Jahrb. I. S. 31—33, Demelius in Linde's Ztschr. N. F. XVII. S. 27; aber vgl. dagegen Windscheid a. a. O. Note 9, Arndts a. a. O.

34) Windscheid §. 255.

35) Anders nach röm. R.

36) Windscheid §. 255, bes. Note 21. — §. 1447 b. G.-B. spricht von dem zufälligen gänzlichen Untergang einer bestimmten Sache; eine solche ist wohl Gegenstand einer alternativen, nicht einer generischen Forderung. Uebereinstimmend mit dem Gesagten sind §§. 657, 658 b. G.-B.; der erste spricht von einem alternativen, der letztere von einem generischen Legat.

Der Unterschied zwischen bestimmten und unbestimmten Forderungen ist von Bedeutung für die Lehre von der Erlöschung der Forderungen durch Zufall, ferner auf dem Gebiete der Compensation[37]), der Legate und der Lehre von Gefahr und Vortheil des Vertragsgegenstandes.[38])

3) In einfache und zusammengesetzte, je nachdem die Leistung eine einfache oder zusammengesetzte ist. Einfach ist die Leistung, wenn sie in nur Einem Acte besteht[39]), wie das Geben, Dulden, Unterlassen[40]); die zusammengesetzte Leistung charakterisirt sich durch eine Mehrheit von Acten, die aber durch die Gemeinsamkeit des Rechtsgrundes und Zweckes verbunden sind[41]); Beispiele bieten die Obligation auf Vermögensverwaltung, die Leistung des Gesellschafters[42]), die Bauführung[43]), die Entrichtung eines immerwährenden Grundzinses[44]) u. dgl. Wo der ausgesprochene juristische Zweck nicht ein gemeinsamer ist, bilden die mehreren Leistungen nicht den Gegenstand Einer, sondern so vieler selbständiger Obligationen, als Leistungen vorzukommen haben. Darum ist das sog. Annuallegat (§. 687 b. G.=B.) nicht ein Legat, sondern ein Inbegriff mehrerer[45]), und darum hat derjenige, dem sich ein Anderer verpflichtet hat, des Ersteren Schuld a und dessen Schuld b zu bezahlen, gegen den Letzteren zwei Forderungen, während die Forderung nur eine (aber eine zusammengesetzte) ist, wenn das Versprechen dahin ging, alle Schulden des Ersteren zu bezahlen.[46]) Die einzelnen Thätigkeiten, welche den Inhalt der zusammengesetzten Leistung bilden, können Gegenstände besonderer darauf gerichteter Ansprüche werden, welche zu der Hauptforderung in dem Verhältniß accessorischer Rechte stehen. Immerhin können sie innerhalb gewisser Grenzen

---

37) Geldforderungen gelten unzweifelhaft als bestimmte. §. 1440 b. G.=B.

38) Auch zu beachten: Es gibt Fälle, in welchen, obwohl Verhältnisse dieser Art auf species gerichtet zu sein pflegen, der species ein genus substituirt wird; dadurch entsteht dann, juristisch genau genommen, ein Rechtsverhältniß anderer, wenn auch ähnlicher Art. Daß es dem Grundtypus ähnlich ist, deutet man durch den Beisatz des Wortes quasi u. dgl. an. So der quasiusus, quasiususfructus, das depositum irregulare, die loc. cond. irreg. (z. B. Eisernviehvertrag), loc. cond. operis in irregulärer Gestalt, die dos vend. c. aestim. u. dgl. Vgl. Pfaff G.=Z. 1868 Nr. 82 Note 92.

39) Nicht ausreichend deutlich ist es, wenn Windscheid §. 252 Note 3 als einfach jene Leistung bezeichnet, „welche auf das Bewirken eines einigen Erfolges gerichtet ist".

40) Windscheid a. a. O. Note 8.

41) Windscheid a. a. O. bezeichnet als zusammengesetzt die Leistung, „deren Erfolg nur durch eine Mehrheit von Willensthätigkeiten, jede mit einem unterschiedenen Erfolge, erreicht werden kann"; sie „besteht aus einer Mehrheit von Leistungen, aber diese Mehrheit wird unter einem verbindenden Gesichtspunkte (unter welchem?) als Einheit gedacht".

42) Windscheid Note 8.

43) Windscheid §. 253 Note 2.

44) Der gemeinsame juristische Zweck aller einzelnen Terminleistungen ist die Effectuirung einer immerwährenden Leistung. Vgl. I. S. 226 fg.

45) Der Zweck jedes einzelnen Annuallegates ist die Befriedigung des Legatars für einen bestimmten Zeitraum, wofern er ihn erlebt; einen gemeinsamen juristischen Zweck haben die mehreren Annuallegate nicht. Auch eine nach der Zeit bemessene Dienstleistung, z. B. die eines Dienstboten, ist nicht eine Leistung, sondern eine Mehrheit von Leistungen, und nicht anders verhält es sich um die für wiederkehrende Leistungen gebührenden Gegenleistungen.

46) Windscheid §. 252 Note 9; vgl. L. 29 pr. D. de V. O.

ihre eigenen, selbständigen, juristischen Schicksale haben[47]); doch manifestirt sich ihre accessorische Natur darin, daß sie mit der Hauptforderung übertragen werden, mit derselben erlöschen, und daß ein richterlicher Ausspruch über dieselbe auch über die Ansprüche auf die einzelnen Theilleistungen entscheidet.[48])

Besonders hervortretende Arten zusammengesetzter Forderungen sind a) die auf periodische, d. i. in wiederkehrenden Terminen verfallende, auf demselben fortwirkenden Rechtsgrunde beruhende Leistungen[49]); sie haben Eigenthümlichkeiten auf dem Gebiete der Verjährung (§. 1480) und rücksichtlich des Beweises der Zahlung (§. 1429), — und b) die Forderungen auf gewisse neben einer Hauptleistung gebührende Nebenleistungen (Nebenverbindlichkeiten, sog. „Nebengebühren", §. 912 b. G.-B.). Von letzteren ist in diesem Zusammenhange noch des Weiteren zu handeln.

§. 305. Modification und Erlöschung der Gesammtschuldverhältnisse.

Daraus, daß das Gesammtschuldverhältniß eine Mehrheit von Obligationen enthält, folgt, daß Ereignisse, welche den Inhalt einer Obligation zu modificiren geeignet sind, regelmäßig nur in Betreff jenes Mitschuldners oder Mitgläubigers wirksam werden, in dessen Person sie sich ereignet haben. Es kann daher ein Mitschuldner dadurch, daß er mit dem Gläubiger lästigere Bedingungen[1]) eingeht, den übrigen keinen Nachtheil zuziehen (§. 894 b. G.-B.). Daraus darf man schließen, daß auch Anerkennung, Verzug[2]) und Verschulden[3]) nur dem betreffenden Schuldner von rechtlichem Nachtheil sind; dagegen die Modification durch

47) Es kann z. B. ihre Ausübung einem Anderen als dem Gläubiger zustehen und so das Verhältniß des quasi-ususfructus an der Hauptforderung bestehen; das Recht auf eine einzelne Leistung kann verjährt sein, während das Forderungsrecht im Ganzen noch aufrecht besteht.

48) Keller §. 45 Note 23 a. E. Die Lehre von den zusammengesetzten Obligationen ist insbesondere von Bedeutung für die Erklärung der rechtlichen Natur der Reallasten; diese sind nicht als Complexe einer Mehrheit von Forderungen, sondern als zusammengesetzte Forderungen anzusehen (Gerber §. 167 Note 2 a. E.). Wären sie eine Mehrheit von Forderungen, so könnte durch Unterlassung der Ausübung niemals die Reallast im Ganzen, sondern nur der Anspruch auf die einzelnen fälligen Leistungen verjähren. Es hat hienach §. 1480 b. G.-B. den richtigen Gesichtspunkt getroffen. Vgl. oben I. S. 212 fg.

49) Vgl. Savigny Syst. V. S. 305. Doch gehören nicht alle Forderungen auf periodische Leistungen zu den zusammengesetzten Obligationen; namentlich sind Forderungen auf Pachtzinse und Capitalzinsen Complexe von einzelnen Forderungen; jede einzelne Leistung ist nur das Entgelt für den besonderen in den betreffenden Zeitraum fallenden Genuß — die Gemeinsamkeit des Zweckes ist aber nicht vorhanden.

1) Z. B. in Betreff verfrühter Zahlungszeit, Erhöhung des Zinsenbezuges u. dgl.

2) Selbst bei der Correalität des röm. R. schadet der Verzug nur dem Morosen. Vangerow S. 70. Ebenso sächs. G.-B. §. 1057.

3) §§. 1306, 1313, 1447 b. G.-B. Vgl. sächs. G.-B. §. 1063. Anders, wie es scheint, bei der römischen Correalität, nicht auch bei der bloßen Solidarität des röm. R. Vangerow S. 69, 71.

Zufall, insbesondere die durch Münzveränderung eintretende, wirkt als eine das Gesammtobject betreffende für und gegen alle Betheiligten.

Auch bezüglich der Frage, inwiefern die dem einen Solidarschuldner zustehenden rechtshindernden Einwendungen von den übrigen Schuldnern erfolgreich benutzt werden können, wird zu unterscheiden sein: die rein persönlichen[4]) stehen nur dem betreffenden Mitschuldner zu (vgl. §. 896 b. G.-B.); die objectiven[5]) können von jedem Beklagten wirksam vorgebracht werden.

Ueber die Erlöschung der Gesammtschuldverhältnisse spricht sich das G.-B. nur in wenigen, concreten Entscheidungen aus. Doch ist unzweifelhaft, daß Zahlung, wie anderweitige Befriedigung nicht nur zwischen den betreffenden, sondern bezüglich aller Gläubiger oder Schuldner wirksam ist (§. 893 b. G.-B.).[6]) Darum genügt auch die von Einem Solidargläubiger ausgestellte Löschungserklärung zur Erwirkung der bücherlichen Löschung der Satzpost.[7]) Hingegen kommt die Nachsicht oder Befreiung[8]), welche ein Mitschuldner für seine Person erhält, den Uebrigen nicht zu statten (§. 894); ebenso ist entschieden (§. 1445 b. G.-B.), daß die in Betreff eines Mitgläubigers oder Mitschuldners eingetretene Confusio die übrigen Gläubiger oder Schuldner an sich nicht berührt[9]); doch kann allerdings das Regreßrecht der Geltendmachung der Forderung (ganz oder theilweise) entgegenstehen.[10])

Keine ausdrückliche Entscheidung enthält aber das G.-B. über den

---

4) Z. B. die Einwendung der Minderjährigkeit, der Furcht, des Irrthums.

5) Z. B. die exceptio non numeratae pecuniae, der Verletzung über die Hälfte, der Gewährleistung.

6) So auch nach röm. R. bei der Correalität wie bei der Solidarität. Vangerow S. 71, 97, 108.

7) Entsch. G.-Z. 1854 Nr. 150 (Entsch. d. Wiener O.-L.-G.).

8) Pactum de non petendo, liberatio legata. (Vgl. über diese und die acceptilatio Vangerow S. 97, 102 fg., 109.) Wurde die Befreiung ohne Rücksicht auf die Person, z. B. mittelst einer ausgehändigten Quittung, ertheilt, so befreit sie wegen §. 1019 alle Schuldner; vgl. Nippel VI. S. 100, Winiwarter IV. S. 54, Unger Der revid. sächs. Entw. S. 88. Weiter geht Mages S. 131 rücksichtlich der Correalität.

9) Entsch. G.-Z. 1870 Nr. 85 [= Sammlung VIII. Nr. 3842]. Ueber das röm. R.: Vangerow S. 70, 103, Arndts §. 273, Keller §. 274.

10) Wird ein Solidarschuldner Erbe oder Cessionar des Gläubigers, so kann er zwar (da er nun Gläubiger ist) die Forderung gegen jeden der anderen Solidarschuldner geltend machen; wenn aber der von ihm Angegriffene, im Falle er den Gläubiger befriedigt hätte, ein Regreßrecht gegen ihn (in seiner Eigenschaft als Solidarschuldner) gehabt hätte, so steht dem Klagenden die exceptio doli soweit entgegen, als er kraft des Regreßrechts zur Befriedigung des Gläubigers hätte beitragen müssen. — Beerbt der Gläubiger einen der Solidarschuldner, so steht es ihm (da er als Gläubiger noch fortan das Wahlrecht zwischen den mehreren Schuldnern hat) frei, gewissermaßen von sich selbst (in seiner Qualität als Schuldner) die Zahlung zu begehren, d. h. sich als aus den Mitteln der Verlassenschaft zu befriedigen, oder aber die Forderung gegen den anderen (übrigens regreßberechtigt bleibenden) Schuldner geltend zu machen; erklärt er sich für befriedigt, so kann er (wie wenn er sich wirklich in seiner Eigenschaft als Solidarschuldner die Zahlung geleistet hätte) das Regreßrecht des §. 896 gegen die anderen Solidarschuldner ausüben.

Einfluß einer Reihe anderer Aufhebungsthatsachen auf Gesammtschuldverhältnisse, insbesondere über das freisprechende Urtheil, die Verjährung, die Novation, den Vergleich, die Compensation, die Leistung an Zahlungsstatt. Wer da auch für das östr. Recht von dem Princip ausgeht, daß alle Thatsachen, welche den objectiven Bestand der Schuld ergreifen, für alle Mitgläubiger oder Mitschuldner wirksam werden[11]), wird zu Entscheidungen gelangen müssen, die größtentheils unrichtig sind. Das Richtige möchte in Folgendem enthalten sein:

Nach allgemeinen processualen Grundsätzen[12]) wirkt das Urtheil nur zwischen den Streittheilen; spricht es nur einen Solidarschuldner frei, so können sich die anderen nicht darauf berufen; weist es aber nur einen der Gesammtgläubiger ab, so bildet es für die Uebrigen kein Hinderniß der Geltendmachung ihres Rechts.[13])

Ebenso steht es um die Verjährung[14]), wenn sie für oder gegen einen der Betheiligten, nicht auch für oder gegen die anderen, abgelaufen ist. Die Hemmungsgründe der Verjährung (§§. 1494—1496) haben ja ihre Wurzel in rein persönlichen Verhältnissen, und was die Unterbrechungsgründe anbelangt, so wirkt die Anerkennung (arg. §. 894) nur gegen den Anerkennenden, und die Klaganstellung nur zwischen den Streittheilen (§. 1497).[15])

Sehr bestritten ist die Wirkung der Novation. Während die Einen sie nur unter den Contrahenten wirksam sein lassen wollen[16]), erblicken Andere[17]) in ihr eine Befriedigung des Gläubigers und stellen sie der Zahlung völlig gleich, und wieder Andere[18]) wollen sie nur soweit als Befriedigungsact gelten lassen, als das Object der neuen Obligation mit dem der alten übereinstimmt. In der That ist aber die Novation überhaupt nicht Befriedigung; vielmehr tritt blos an die Stelle der alten Forderung eine neue; das aber geschieht blos zwischen den Contrahenten.

Der Novation gleich wirkt der Vergleich. Zwischen den Contrahenten gilt das unter ihnen vergleichsweise Vereinbarte; aber dadurch wird rücksichtlich der übrigen Betheiligten an ihrer Forderung oder Schuld nichts geändert (arg. §. 1390 b. G.-B.).[19]) Wo durch den Vergleich

---

11) So schon Winiwarter IV. S. 52, 53, Stubenrauch III. S. 63.

12) §. 12 b. G.-B., §. 248 A. G.-O., a. h. Resol. v. 14. Juni 1784 Nr. 306 J.-G.-S.

13) Vgl. revid. sächs. Entw. §. 1064.

14) Ebenda §§. 1066, 1067. Vgl. Stubenrauch S. 65, und über das röm. R. Vangerow S. 69, 71.

15) Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 3 [= Sammlung VI. Nr. 2769]. Dafür spricht auch die Fassung des §. 1497: „. . . wenn Derjenige . . . wenn er . . ." Pachmann Verj. S. 37 und Stubenrauch S. 65 behaupten (arg. §. 1482), die Ausübung des Rechts gegen den einen Schuldner unterbreche die Verjährung auch gegen den anderen. Allein der Ausdruck „Gemeinde" im §. 1482 bezieht sich nur auf eine Corporation, nicht auch auf Mitschuldner.

16) So Unger D. revid. sächs. Entw. S. 89.

17) So Stubenrauch S. 65.

18) So Mages S. 127.

19) Auch der Vergleich im Ausgleichverfahren wirkt nicht zu Gunsten der anderen Solidarschuldner befreiend. C.-O. §. 224. Entsch. G.-Z. 1867 Nr. 32 [= Riehl II. S. 959, 960].

die Forderung lediglich herabgesetzt wird, greifen auch die oben vom Erlaßvertrag entwickelten Sätze ein. Dagegen ist von der Novation wie vom Vergleich zu bemerken, daß deren Erfüllung, soweit sie reicht, allerdings auch rücksichtlich der übrigen Betheiligten wirksam ist, und zwar nach den von der Befriedigung (Zahlung) geltenden Grundsätzen.

Leistung an Zahlungsstatt dagegen ist wirkliche Befriedigung des Gläubigers. Und es gilt dies selbst dann, wenn eine, sei es auch unsichere, Forderung in solutum abgetreten wird.[20]) Die Leistung an Zahlungsstatt wirkt sonach wie die Zahlung.

Wenn endlich einer der Solidarschuldner gegen den Gläubiger eine Gegenforderung zur Compensation bringt, so werden dadurch, weil die Compensation „die gegenseitige Zahlung bewirket" (§. 1438), soweit sich Forderung und Gegenforderung decken, auch die übrigen Solidarschuldner liberirt[21]) (§. 893). Daraus darf wohl geschlossen werden, daß jeder Solidarschuldner nicht nur seine eigenen, sondern auch die den anderen Solidarschuldnern gegen den Gläubiger zustehenden Gegenforderungen zur Compensation verwenden kann[22]); und das Gleiche gilt sinngemäß auch von der activen Solidarobligation.

Sonach wird die Solidarobligation nur durch Zahlung oder anderweitige wirkliche Befriedigung für alle Betheiligten aufgehoben; jede andere Erlöschungsart, auch wenn sie den objectiven Bestand der Obligation ergreift, wirkt nur unter den betreffenden Personen[23]) — eine Erscheinung, die sich aus dem oben betonten Mehrheits- und Concurrenzprincip und nur aus diesem befriedigend erklärt.

§. 310. Die Aenderung und Erlöschung der Bürgschaft.

Obwohl die Verbindlichkeit des Bürgen als eine accessorische im Allgemeinen die Schicksale der Hauptschuld theilt, so nimmt sie doch an den Aenderungen der Hauptschuld nur soweit theil, als die letztere da-

20) Der Werth einer richtigen Forderung wird nach ihrem Nominalbetrage veranschlagt. Dieser bildet die Basis für die Berechnung der Höhe des Regreßanspruchs des Cedenten nach §. 896. Könnte der so abgefundene Gläubiger trotzdem noch einen anderen Schuldner in Anspruch nehmen, so erhielte er mehr, als ihm in Kraft seines Forderungsrechts gebührt.

21) Ueber das röm. R. Vangerow S. 97, 108.

22) Aehnlich, aber unter Beschränkungen Kirchstetter S. 444. Dagegen jedoch Stubenrauch III. S. 63, 64 und Mages S. 128, 129, arg. §. 1441, welcher Paragraph aber einen ganz anderen Fall (die sog. Scontration) im Auge hat. Mit besserem Rechte könnte gegen den Text eingewendet werden, daß die Compensation eine nur bedingt ipso jure wirkende Erlöschungsart ist (Unger II. S. 150 Note 42 und S. 490, 491). Daher wird denn auch zur Wirksamkeit der Einwendung die Theilnahme desjenigen, gegen den die Compensation unmittelbar eintrat, am Processe nothwendig sein, oder er muß wenigstens bereits geklagt worden sein und die Einwendung erhoben haben. Vgl. L. 16. 18. §. 1. D. de comp. 16. 2. L. 10. D. de duob. reis. 45. 2. A. L.-R. I. 16 §§. 302—304, Volkmar und Löwy Die deutsche Wechsel-O. §. 190.

23) Vgl. Kirchstetter S. 444, Mages S. 126.

durch eine geringere[1]), in der Regel nicht auch, soweit die letztere dadurch erweitert wird. Der Bürge haftet demnach nicht für erschwerende Modificationen der Schuld, welche ohne seine Zustimmung zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner vereinbart werden; ebenso bindet ihn nicht eine vom Hauptschuldner ausgehende Anerkennung der Schuld (§§. 1379, 1390)[2]); ob und wie weit er für Nebenverbindlichkeiten hafte, darüber s. Grundriß §. 309 nach Note 4.

Ueber die Erlöschung der Bürgschaft gelten folgende Regeln:

1) Als accessorische Verbindlichkeit erlischt die Bürgschaft nicht nur durch Zahlung oder sonstige Befriedigung Seitens des Hauptschuldners, sondern durch jede Erlöschung der Hauptschuld, soweit eben die letztere erloschen ist (§. 1363)[3]), also auch durch Nachlaß[4]), Confusio[5]), Verjährung[6]), Zufall[7]), Resolutivbedingung und Zeitablauf, Novation (§. 1378) und insoweit auch durch Vergleich, als durch denselben die Forderung herabgesetzt wurde (§. 1390).[8]) Alles dies gilt auch vom Solidarbürgen (Bürgen und Zahler)[9]); denn auch seine Verbindlichkeit ist eine accessorische, und damit, daß er als Bürge und Zahler eintrat, hat er nach der natürlichen Interpretation des Geschäftes nur auf die Subsidiarität der Haftung, nicht aber überhaupt auf die Stellung eines Bürgen verzichtet.

2) Die Bürgschaft erlischt aber auch selbständig, wenn eine Thatsache, die ein Aufhebungsgrund von Obligationen ist, nur das Verhältniß zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen trifft.[10]) In Fällen dieser Art bleibt die Hauptschuld aufrecht; wenn freilich die die Erlöschung der Bürgschaft mit sich bringende Thatsache in der Zahlung oder einer sonstigen

---

1) Z. B. der Gläubiger verzichtet auf die Verzinsung oder einen Theil derselben — selbstverständlich vorausgesetzt, daß der Bürge für die Zinsen ebenfalls haftete.

2) Darum wirkt auch die durch Anerkennung des Hauptschuldners erfolgte Unterbrechung der Verjährung nicht gegen den Bürgen (Stubenrauch III. S. 592, 595). Das muß auch vom Solidarbürgen gelten, von dem freilich Entsch. G.-Z. 1862 Nr. 143 [fehlt in den Sammlungen] das Gegentheil sagt.

3) Vgl. Arndts §. 357.

4) Doch gibt das pactum de non petendo in personam offenbar nur dem Hauptschuldner eine Einrede. Arndts §. 357.

5) Ebenso nach röm. R.: Vangerow S. 152, Arndts §. 357 Anm. 3. — Soweit jedoch der Beneficiarerbe aus der Verlassenschaft seines Schuldners, den er beerbt, nicht befriedigt wird, bleibt der Bürge in Haftung. §. 1445 b. G.-B.

6) Bestritten in Betreff des constitutum von Vangerow S. 161.

7) Ob auch dann, wenn das Ereigniß, das für den Hauptschuldner als Casus erscheint, nur vom Bürgen verschuldet wurde? Das röm. R. verneinte die Frage (Arndts §. 357, Vangerow S. 152); nach östr. R. tritt hier wohl nur Ersatzpflicht des schuldhaften Bürgen ein.

8) Ob auch durch den im Ausgleichverfahren von den Gläubigern bewilligten Nachlaß? Troyer G.-Z. 1864 Nr. 80 verneint die Frage arg. §. 1354. Verneint ist sie nun auch in C.-O. §. 224.

9) Das Gesetz unterscheidet bei Aufstellung der Grundsätze von der Erlöschung der Bürgschaft nicht.

10) Z. B. der Gläubiger entläßt den Bürgen.

Befriedigung[11]) Seitens des Bürgen besteht, so wird dadurch auch der Hauptschuldner und die Mitbürgen gegenüber dem Gläubiger[12]) befreit. In den übrigen Erlöschungsfällen hört nur der betreffende Bürge auf, dem Gläubiger gegenüber verpflichtet zu sein.[13])

3) Nach östr. R.[14]) erlischt die Bürgschaft binnen drei Jahren nach dem Tode des Bürgen; diese Frist wird aber durch gerichtliche oder außergerichtliche, an die Erben des Bürgen geschehene Einmahnung der verfallenen Schuld unterbrochen; verfällt die Schuld erst nach dem Tode des Bürgen, so läuft die Frist vom Verfallstage an.[15]) Doch tritt diese Erlöschungsart überhaupt nicht ein:

a) wenn die Bürgschaft durch Hypothek oder Faustpfand befestigt ist (§. 1367), und

b) wenn sich der Bürge als „Bürge und Zahler" oder als „Bürge zur ungetheilten Hand" verpflichtet hat. Hofd. v. 19. Sept. 1837 Nr. 229 J.-G.-S.

4) Die Entschädigungsbürgschaft erlischt, wenn sich der Hauptbürge den Schaden durch eigenes Verschulden zugezogen hat (§. 1362).

Gemeinrechtlich ist bestritten, ob die Bürgschaft erlösche, wenn sie für eine an einem festgesetzten Termine zu zahlende Schuld eingegangen wurde, der Gläubiger aber später ohne Zuthun des Bürgen diesen Termin hinausgerückt hat, oder in der Beitreibung der Schuld säumig war.[16]) Für das östr. Recht ist diese Frage zu verneinen (§. 1364), und die Erlöschung der Bürgschaft nur dann anzunehmen, wenn der Bürge aus-

---

11) Auch die Compensation gehört hieher; nur kann sie erst stattfinden, wenn der Bürge bereits wirksam belangt werden kann, da vorher die Forderung gegen ihn nicht fällig ist (§§. 1355, 1438).

12) Dem Gläubiger gegenüber — denn seine Forderung geht auf den zahlenden Bürgen über (§. 1358).

13) Zufall, Zeitablauf, Resolutivbedingung können freilich auch alle befreien, aber nur darum, weil sie jedem unmittelbar zu Guten kommen.

14) §. 1367 b. G.-B. Man sucht diese dem östr. R. eigenthümliche (aus ihm in den Entwurf des sächs. G.-B. §. 886 übergegangene) Bestimmung öfters mit dem deutschen Recht in Zusammenhang zu bringen, nach welchem der Tod des Bürgen die Bürgschaft erlöschen macht (Gerber §. 201), so daß das östr. R. einen Mittelweg zwischen der deutschen Unvererblichkeit und der römischen Vererblichkeit der Bürgschaft (Liebe S. 520) eingeschlagen habe; vgl. Michel G.-Z. 1855 Nr. 29, Stubenrauch III. S. 595, Tomaschek in Haimerl's Vjschr. IV. S. 173—198 und in der Preßb. Ztschr. V. Nr. 47. Der wahre Grund liegt aber wohl darin, daß der Erbe geschützt werden soll gegen empfindlichen Schaden, der ihm aus Bürgschaften des Erblassers drohen würde, die ihm ganz unbekannt waren und erst nach vielen Jahren gegen ihn geltend gemacht werden. Darum spricht auch nichts dafür, diese Frist als eine Verjährungsfrist anzusehen (Unger II. S. 276, 278, Note 79); ihre Unterbrechung bewirkt auch nicht, daß der dreijährige Zeitlauf von Neuem beginnt (wie Stubenrauch S. 596 mit Unrecht behauptet), sondern sie wirkt den Wegfall dieser Erlöschungsart gegenüber den gemahnten Erben.

15) Stubenrauch S. 595. Mit Unrecht behauptet Tomaschek a. a. O., daß die Bürgschaft für eine vor dem Tode des Bürgen noch nicht verfallene Schuld durch dessen Tod sofort erlösche, weil sie auf einem rein persönlichen Verhältniß des Bürgen zum Hauptschuldner beruhe.

16) Vgl. Vangerow S. 158.

drücklich nur bis zu dem bestimmten Termine haften zu wollen erklärt hat[17]) — vorbehaltlich der Verantwortlichkeit des Gläubigers wegen Saumseligkeit nach §. 1364 i. f.

Hat sich Jemand für ein fortdauerndes Geschäft[18]) verbürgt, so kann es zweifelhaft sein, ob mit der Beendigung des Geschäfts der Bürge frei geworden sei. Zur Beseitigung dieses Zweifels steht es ihm frei, auf Abrechnung (und zwar gegen den Gläubiger, wenn er sich aber mit Einwilligung des Schuldners verbürgt hat, auch gegen diesen) zu klagen, und nach dem gewonnenen Resultate die Bürgschaft als erloschen erklären zu lassen (§. 1366).[19])

§. 311. Der Regreß des Bürgen.

Hat der Bürge den Gläubiger befriedigt, so hat er damit auch den Hauptschuldner dem Gläubiger gegenüber befreit, und hat darum schon nach allgemeinen Grundsätzen (§. 1042 b. G.-B.) einen Anspruch auf Ersatz.[1]) Es geht aber auch die Forderung des befriedigten Gläubigers, als hätte der zahlende Bürge sie gekauft, ohne daß es erst des benef. cedend. act.[2]) bedürfte, ipso jure[3]) (cessio legis) an den zahlenden Bürgen über, daher er auch von dem Gläubiger die Auslieferung aller Rechtsbehelfe und Sicherstellungsmittel verlangen kann (§. 1358). Der Bürge kann also sich gegen den Hauptschuldner entweder der Ersatzklage oder der Klage aus der Forderung bedienen, für welche er Bürgschaft geleistet hat; selbstverständlich erlöschen aber durch seine einmalige Befriedigung beide.[4])

Um aber nicht zu Schaden zu kommen, muß der Bürge die Vorsicht beobachten, sich vor der Befriedigung des Gläubigers mit dem Hauptschuldner einzuverstehen; hat er dies unterlassen, so kann der letztere der Regreßforderung Alles entgegensetzen, was er dem Gläubiger hätte entgegensetzen können (§. 1361).

17) Zeiller ad §. 1362 Nr. 2 und §. 1364 Nr. 1.

18) Verwaltung, Casseführung u. dgl.

19) Stubenrauch S. 594, 595.

1) Er hat die a. mand., wenn er im Einverständniß des Hauptschuldners Bürgschaft geleistet hatte, sonst die a. neg. gest. (Arndts §. 356), natürlich nach den von diesen Klagen geltenden Regeln.

2) Das Organ dieses benef. ist die exceptio doli. Arndts §. 355.

3) Der gleiche Rechtssatz wird als ein für das gem. R. geltender behauptet wegen L. 36. D. h. t. 46. 1, indem die Zahlung des Bürgen als Kauf der Forderung gelte. Vgl. Arndts §. 356, Anm. 2, Girtanner S. 535 fg., Unger revid. Entw. S. 57; dagegen aber Puchta §. 405 Note n, o, Seuffert §. 385 Note 26 u. A., da durch die vorbehaltlose Zahlung des Bürgen die Hauptschuld getilgt und damit jede weitere Cession derselben unmöglich geworden sei. Jedenfalls ist §. 1358 eine bemerkenswerthe Fortbildung des Rechtes. Doch ist der Paragraph zu weit gefaßt; er gilt nämlich nur für den Bürgen und den Solidarintervenienten des §. 1357, während wenn ein Anderer zahlt, die bezahlte Forderung allerdings erst besonders cedirt werden muß (§§. 1422, 1423). Doch nimmt Entsch. G.-Z. 1866 Nr. 37 [= Sammlung V. Nr. 2381] den Paragraph wörtlich. Vgl. auch A.-L.-R. I. 16. §§. 46, 47.

4) Also ein Fall der Klagenconcurrenz (vgl. Arndts §. 356). Die beiden Klagen unterscheiden sich auch darin, daß der Bürge mit der Ersatzklage nur Geld, mit der Klage aus der verbürgten Forderung den Gegenstand der letzteren einfordern kann.

Zur größeren Sicherheit seiner Ersatzforderung[5]) hat der Bürge in gewissen Fällen, noch bevor dieselbe entstanden ist, das Recht, vom Hauptschuldner Sicherstellung zu fordern, nämlich wenn gegen den Schuldner begründete Besorgniß der Zahlungsunfähigkeit oder der Entfernung aus den Ländern, für welche das b. G.-B. vorgeschrieben ist, obwaltet (§. 1365), sowie auch, wenn der Gläubiger in der Eintreibung der verfallenen Schuld saumselig ist — letzteres jedoch nur, wenn der Bürge mit Einwilligung des Schuldners Bürgschaft geleistet hat (§. 1364).[6])

Im Falle der Mitbürgschaft hat der zahlende Bürge auch ein Regreßrecht gegen die übrigen Bürgen[7]) nach Maßgabe des §. 896 (§. 1359).[8]) Dieses Regreßrecht bleibt auch aufrecht, wenn einer der Mitbürgen vom Gläubiger entlassen wurde (§. 1363), was jedoch nur für Bürgen gilt, welche gemeinsam und einverständlich Bürgschaft geleistet haben.[9])

§. 313. Begriff und Perfection des Schuldvertrags.[1])

Schuldverträge sind jene Verträge, welche auf die Begründung der Verpflichtung eines oder beider Contrahenten zu einer Handlung (positiven oder negativen, d. i. zu einem Geben, Thun, Dulden oder Unterlassen) gerichtet sind. Wesentlich dazu ist also die Willenserklärung desjenigen,

---

5) Der §. 1365 sagt zwar: „Sicherstellung der verbürgten Schuld“, und diese ist keineswegs identisch mit der Ersatzschuld; es ist aber nicht zweifelhaft, daß auch die Sicherstellung der Ersatzschuld gefordert werden kann.

6) Denn sonst steht der Schuldner mit ihm in keinem Rechtsverhältniß. Daß §. 1365 weiter geht, indem er die gleiche Voraussetzung nicht aufstellt, rechtfertigt sich durch die Dringlichkeit der Sache.

7) Es steht ihm frei, gegen den Hauptschuldner oder gegen die Mitbürgen Regreß zu nehmen.

8) Kann der Mitbürge auch nach §. 1358 gegen seinen Mitbürgen, selbstverständlich pro parte, Regreß nehmen?

9) Hat ein zweiter Bürge ohne Einverständniß mit dem ersten Bürgschaft geleistet, so haftet er unzweifelhaft dem Gläubiger ebenfalls nach §. 1359; allein, da es sich hier um einen actus inter alios handelt (da der erste und der zweite Bürge in keinem Rechtsverhältniß zu einander stehen), so kann jeder der beiden vom Gläubiger mit voller Wirkung (auch gegenüber dem andern Bürgen) befreit werden; wurde er aber nicht entlassen, so kann er von dem zahlenden Bürgen gerade so wie von dem Gläubiger (d. h. auf das Ganze) in Anspruch genommen werden. Diesem Ergebniß scheint zwar die ratio des §. 1360 zu widerstreiten; auch möchte man glauben, daß nur ein späterer, nicht auch ein früherer Bürge mit voller Wirksamkeit entlassen werden könne, da der spätere sein Regreßrecht gegen den früheren wohl in Rechnung gezogen und sich darauf verlassen haben kann. Allein dagegen ist zu erinnern, daß §. 1363 i. f., indem er §. 896 allegirt, einverständliche Bürgschaft voraussetzt, wie auch in den §§. 891—896 einverständliche Solidarhaftung vorausgesetzt ist, — sodann daß §. 1360 nur dem Gläubiger die Rückstellung des Pfandes verbietet, den dritten Pfandbesteller aber, wenn diesem Verbote entgegen gehandelt würde, dennoch unbedingt von der Haftung befreit, und überdies nur eine „vor oder bei Leistung der Bürgschaft“ erfolgte Pfandbestellung im Auge hat. Vgl. endlich noch §. 1364 verb.: „wenn er mit dessen Einwilligung Bürgschaft geleistet hat.“

1) Regelsberger Civilrechtl. Erörterungen I. Weimar 1868 (darüber Windscheid krit. Vjschr. X. S. 152 fg., Emminghaus im Archiv f. pract. R.-W. N. F. VI. S. 113—134, Schott, der obl. Vertrag unter Abwesenden. 1873. Siegel, das Versprechen als Verpflichtungsgrund 1873. Dazu Unger in Grünhuts Zeitschr. I. S. 357—374.

der die Handlung vollführen soll — ein Versprechen — und „die Ergreifung dieses Willens"[2]) durch eine entsprechende Gegenerklärung desjenigen, dem sie geleistet werden soll — die Annahme — oder gegenseitiges Versprechen und gegenseitige Annahme (§. 861).[3]) Der versprechende Contrahent heißt Promittent, der andere Promissar; bei den sog. gegenseitigen Schuldverträgen ist jeder Theil Promittent und Promissar.

I. Die Errichtung eines Schuldvertrags beginnt mit einem Antrage von der einen Seite, der meistens ein Versprechen enthält, der aber auch eine Voraus-Annahme sein kann.[4]) Der Antrag bindet, so lange nicht eine vollkommen zustimmende Gegenerklärung erfolgt, in keiner Weise; bis dahin liegen nur Unterhandlungen (Tractate) vor, ein Vertrag ist aber noch nicht vorhanden, selbst wenn schon eine theilweise Willenseinigung erfolgt wäre (§. 861).[5]) Diese Regel, daß ein bloßer Antrag noch nicht bindet, gilt auch bei Schenkungen (§§. 938, 939), obwohl bei diesen, „da fast immer die Annahme eines Geschenkes erwünscht ist, diese sehr leicht wird aus solchen Handlungen gefolgert werden dürfen, welche nur einigermaßen darauf gedeutet werden können"[6]) (§. 863). Und eben weil der bloße Antrag das intendirte Vertragsrecht nicht erzeugt, sondern lediglich als Ausdruck eines auf einen noch zu schließenden Vertrag gerichteten Willens anzusehen ist, so erlischt der Antrag ohne weiteres, wenn der Antragende oder der Oblat während der dem letzteren zustehenden Ueberlegungsfrist stirbt, so daß eine spätere Annahme desselben wirkungslos bleibt[7]); eine Annahme kann eben nur so lange stattfinden, als der Wille des Antragenden dauert, und der Antrag „als eine bloße Thatsache, die noch nicht in ein vollendetes Rechtsgeschäft übergegangen war, kann nicht als in dem Erben fortdauernd angesehen werden"[8]) (§. 918 b. G.-B.). Aus demselben Grunde hat die gleiche Wirkung auch die mittlerweile (z. B. wegen Wahnsinns) eingetretene Handlungsunfähigkeit.[9])

Hienach ist zur Entstehung eines Schuldvertrags erforderlich, daß

---

2) Windscheid §. 305.

3) Arndts §. 231. Ueber den Ausdruck des §. 861 b. G.-B., „daß er sein Recht übertragen wolle" (wiederholt vorkommend im §. 864), vgl. Unger II. S. 172 Note 15; er ist, mit Hinsicht auf die alte naturrechtliche Auffassung, von einer Uebertragung der dem Promittenten an seinen eigenen Handlungen zustehenden Rechte (§. 1459) auf den Promissar zu verstehen.

4) Die Erklärung der Annahme kann vorausgehen in Form eines Ansuchens (so regelmäßig beim Mandat) oder einer Frage (so bei der röm. Stipulation).

5) Daher Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 44 [= Sammlung VII. Nr. 3303]: Wenn die naturalia negotii (z. B. der zu bestimmende Termin der Zahlung des Kaufpreises) ausdrücklich besonderer Verabredung vorbehalten sind, und diese nachträgliche Einigung nicht zu Stande kommt, ist der Vertrag als nicht geschlossen anzusehen. — Sonst gilt in Betreff der nicht vereinbarten naturalia negotii das Dispositivgesetz. Vgl. sächs. G.-B. §. 783.

6) Savigny IV. S. 151.

7) L. 2. §. 6. D. de don. 39. 5: Sed si quis donaturus mihi pecuniam dederit alicui, ut ad me perferret, et ante mortuus (donator) erit, quam ad me perferret, non fieri pecuniam dominii mei constat.

8) Savigny a. a. O. S. 152, Note n. Anders aber H.-G.-B. Art. 297.

9) Savigny a. a. O., Windscheid §. 307 Nr. 3.

die Annahme zu einer Zeit erfolge, zu welcher der Antragswille noch vorhanden ist. Ob er noch vorhanden ist, d. i. für welche Zeitdauer er gesetzt sei, darüber entscheidet zunächst die Erklärung des Antragenden selbst, die er mit der Offerte verbinden kann; liegt eine solche Erklärung desselben nicht vor, dann entscheidet darüber das Gesetz in folgender Weise[10]): Ein mündlicher Antrag muß sofort angenommen werden; bei dem schriftlichen[11]) aber ist zu unterscheiden, ob sich beide Theile an demselben Orte (im geographischen Sinne[12])) befinden oder nicht. Im ersten Falle muß der Antrag binnen 24 Stunden, im zweiten aber innerhalb jener Zeit angenommen und die Annahme dem Antragenden bekannt gemacht werden, innerhalb welcher ihm mittelst der ordentlichen Verkehrsmittel eine zweimalige Beantwortung zugemittelt werden kann; wird diese Frist versäumt, so erlischt der Antrag; bis zu ihrem Ablauf aber bleibt der dem Oblaten zugekommene Antrag, selbst wenn er nach seinem Einlangen widerrufen worden wäre, aufrecht[13]), da nach öſtr. Recht (§. 862) der Antrag, sobald er dem Oblaten zugekommen ist, wofern nicht das Gegentheil vorbehalten wurde, bis zum Ablauf der Ueberlegungsfrist unwiderruflich ist. Die Frist der „zweimaligen Beantwortung" insbesondere ist mit Hinsicht auf die zur Zeit der Abfassung des b. G.-B. bestandenen Verkehrseinrichtungen[14]) und auf die auch in diesem Falle beabsichtigte Einräumung einer 24stündigen Ueberlegungsfrist auf den zweitnächsten Posttag zu beziehen.[15]) Sie be-

10) Das röm. R. enthält über diese Frage nichts (Puchta §. 251, Arndts §. 231, Anm. 2. 3, Keller S. 443, Haimberger §. 479, Siegel S. 53); es ist daher die Frage, wie lange eine Proposition als bestehend anzusehen sei, aus den Umständen zu beurtheilen und hat im Zweifel der Richter darüber zu befinden (Arndts Anm. 2, Windscheid §. 307 Nr. 4). Vom Schenkungsanerbieten sagt Savigny IV. S. 152: „Ist zur Zeit der erklärten Annahme kein Widerruf erfolgt, so gilt die nicht widerrufene Erklärung des Gebers als fortdauernder Wille." (Vgl. auch §. 1026 b. G.-B.). — Ob der Widerruf sofort nach seiner Erklärung, oder erst, nachdem er an den Gegner gelangt ist, wirke, ist streitig; für Ersteres Windscheid §. 307, für Letzteres H.-G.-B. Art. 320, Abs. 2.

11) Eine schriftliche Proposition unter Gegenwärtigen will Winiwarter IV. S. 7 einer mündlichen gleich behandeln. Das ist wohl nur dann zu rechtfertigen, wenn eine solche Proposition, wie z. B. bei Verhandlungen mit Tauben, ein Nothbehelf ist. Vgl. übrigens H.-G.-B. Art. 318, 319.

12) Winiwarter IV. S. 7, Ellinger ad §. 862, Stubenrauch III. S. 8. 9. Vgl. die Fassung des §. 1290 b. G.-B.

13) Nach Ihering Dogm. Jahrb. X. S. 468, 469 ist dies einer der Fälle passiver Gebundenheit, des Vorstadiums künftiger Rechte, nach Siegel S. 53—69 einer der Fälle, in welchen bereits das bloße Versprechen dazu verpflichtet, im Worte zu bleiben, als ein nothwendiges Mittel, den Verkehr unter Abwesenden zu ermöglichen. Zustimmend Unger in Grünhuts Ztschr. I. S. 363, 364; vgl. auch Dernburg Preuß. Pr.-R. I. S. 199. Ueber die Constructionsversuche von Regelsberger, Ihering, Köppen und Schott s. Siegel S. 60—69.

14) Damals pflegte man nach einem und demselben Orte höchstens Eine Post täglich abzufertigen.

15) Ebenso Stubenrauch III. S. 9 mit Berufung auf das A. L.-R. I. 5. §. 97, welches hier ungezweifelt als Muster diente. — Daß die Zeitfrist von 24 Stunden als Minimum auch in jenen Fällen anzusehen ist, wo innerhalb derselben eine mehr als zweimalige Be-

ginnt mit dem Anlangen des Antrags beim Adressaten, weil sie eine „Ueberlegungsfrist" sein soll (§. 918), und es gilt dies daher auch, wenn sie zufällig verspätet bei ihm anlangt[16]); bis zu ihrem Anlangen aber kann sie, weil vor ihrem Anlangen juristisch nicht existent, von dem Antragenden (trotz §. 862 i. f.) ohne weiteres widerrufen werden. Geschah die Annahme zwar rechtzeitig, trifft sie aber beim Offerenten zu spät ein, so braucht sie nicht mehr berücksichtigt zu werden[17]), da der Antrag nach Ablauf der gesetzlichen (oder gewillkürten) Wartefrist von selbst erloschen ist. Uebrigens ist es selbstverständlich, daß auch die Annahmserklärung bis zu ihrem Eintreffen beim Offerenten widerrufen werden kann. Langt ein Widerruf (der Antrags- oder Annahmserklärung) früher oder gleichzeitig mit der Erklärung ein, so gilt immer der Widerruf.[18])

Analog den schriftlichen Anträgen sind jene durch Boten[19]) zu beurtheilen; bei Erklärungen durch Machthaber dagegen ist von der Fiction auszugehen, als ob sie die unmittelbaren Offerenten wären.[20])

Mehrfach abweichend sind die Bestimmungen des Handelsrechts.

Die gesetzliche Ueberlegungsfrist des §. 862 ist nur dann maßgebend, wenn von dem Antragenden nicht eine andere Wartefrist ausdrücklich oder stillschweigend eingeräumt worden ist (§. 862 a. A.).[21]) Diese Frist kann eine bestimmte sein, wie z. B. regelmäßig bei Abschließung eines sog. Probekaufs[22]), oder bei Ueberreichung schriftlicher Offerten zu einer auf einen bestimmten Tag angesetzten öffentlichen Versteigerung — oder eine unbestimmte, wie insbesondere bei einem Anbot mit ausdrücklicher Freilassung der Annahmefrist, oder unter Verzichtleistung auf die Frist des §. 862, oder bei einem Anbot bis auf Widerruf, ebenso aber auch bei einem Anbot an Pflegebefohlene, in Folge dessen auch diese verpflichtet werden sollen.[23])[24]) Auch in Fällen dieser Art kann der Antrag, wenn

---

antwortung möglich ist, lehren Stubenrauch S. 10, Winiwarter S. 8, Ellinger a. a. O.

16) Stubenrauch S. 9, Zeiller ad §. 862 Nr. 5, Ellinger a. a. O. — Sehr zweckmäßig bestimmt das H.-G.-B. Art. 319, daß der Antragende bei der Fristberechnung von der Voraussetzung ausgehen darf, es sei sein Antrag rechtzeitig angekommen.

17) Ebenso H.-G.-B. Art. 319.

18) Ebenso H.-G.-B. Art. 320.

19) Der Bote ist gerade so nur Organ des Absenders, wie dessen Brief.

20) Ellinger a. a. O., Stubenrauch S. 10.

21) Die Vertragsofferte mit einer Bedenkzeit betrachtet Siegel S. 69—75 (und Unger a. a. O. S. 365, 366) als einen zweiten Fall, in welchem das bloße Versprechen verpflichtet, im Worte zu bleiben. Ueber den abweichenden Constructionsversuch von Regelsberger s. Siegel S. 74, 75.

22) §. 1082 b. G.-B. Vor Ablauf der Probezeit gilt der Kauf, wenn der Preis nicht bezahlt wurde (§. 1081) nicht als geschlossen, insoweit liegt also nur eine Vertragsproposition vor (§. 1080: „Entlehner"). Vgl. Unger II. S. 64 Note 22, Arndts §. 301.

23) Der Antragende, dem die Nothwendigkeit der zustimmenden Erklärung der gesetzlichen Vertretung des Pflegebefohlenen bekannt sein muß, hat schon durch seinen Antrag stillschweigend erklärt, so lange an denselben gebunden sein zu wollen, bis die Zustimmung der Vertretung eingeholt sein kann.

24) Verweigert die gesetzliche Vertretung (z. B. die Pupillarinstanz) die Genehmigung des Vertrages, so kann derselbe von dem Pflegebefohlenen nach erlangter Handlungsfähigkeit durch ein-

das Widerrufsrecht nicht ausdrücklich vorbehalten wurde, nicht widerrufen werden; wohl aber steht dem Antragenden zu, bei übermäßiger Zögerung vom Richter die Feststellung einer angemessenen Annahmsfrist zu verlangen (arg. §. 904 b. G.-B.); bei Anträgen an Pflegebefohlene hat er das Recht, auch selbst eine angemessene Frist zu bestimmen (§. 865).[25]) Wegen der Gleichheit des Grundes muß das Gesagte auch für Anträge an den Fiscus und andere juristische Personen oder an Stellvertreter gelten, welche noch eine besondere Genehmigung von Seiten ihrer Machthaber einholen müssen.

Der §. 862 findet rücksichtlich der gesetzlichen Annahmsfrist auch dann keine Anwendung, wenn im Sinne des Antrags der Annehmende ohne vorläufige Rückäußerung sofort zum entsprechenden Handeln berechtigt erscheint; wo eine vorläufige Rückäußerung gar nicht erwartet wird, da kann es auch keine Frist für dieselbe geben. So bei Ermächtigungen und Aufträgen an Abwesende, bei der Ueberschickung einer Sache zur Verwahrung, zum Gebrauche, zum Eigenthum u. dgl. Der Vertrag kommt hier durch das entsprechende Handeln zu Stande[26]); bis dahin aber ist der Antrag beliebig widerruflich.

Sehr streitig ist die Frage, in welchem Zeitpunkte ein unter Abwesenden verhandelter Vertrag perfect werde: ob in dem Zeitpunkte, in welchem der Antrag angenommen[27]), oder erst dann, wenn die Annahmserklärung dem Antragenden zugekommen ist.[28]) Die Frage ist von practischer Bedeutung, weil sich danach die Dauer des Widerrufsrechts der

---

seitige Genehmigung nicht zur Geltung gebracht werden, da die Proposition durch die Ablehnung der gesetzlichen Vertretung erloschen war. Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 35 [= Sammlung VI. Nr. 2963].

25) Das Gesetz bestimmt dies nur von dem Falle, wenn die Vertragsofferte an eine theilweise handlungsunfähige Person gerichtet wurde; offenbar gilt aber das Gleiche auch bei Vertragsofferten an die Vertreter völlig handlungsunfähiger Personen, bei denen noch obervormundschaftliche Genehmigung erforderlich ist. Zwischen beiden Fällen besteht der practische Unterschied, daß im ersten Falle sofort ein hinkendes Geschäft zu Stande kommt, bei welchem die Genehmigung retrotrahirt wird, im zweiten Falle aber einstweilen nur eine Vertragsofferte vorliegt, bei welcher die Annahme ex nunc wirkt. Vgl. Unger in Grünhuts Ztschr. I. S. 366—368 gegen Siegel S. 75—81, welcher darin einen dritten Fall erblickt, in welchem das bloße Versprechen bindet.

26) In Fällen solcher Art erklärt der Offerent stillschweigend, gebunden sein zu wollen, wenn auch in der gesetzlichen Frist eine Annahmserklärung nicht eintreffe; vgl. Arndts §. 231, Anm. 3. Keller S. 443 gibt folgendes Beispiel: A schreibt an B: „Kaufen Sie für mich 100 Ballen Baumwolle" oder „100 Stück Actien X zum Preise Y" 2c. Thut dies B sofort, so kann A nicht zurücktreten, auch wenn ihm keine Annahmserklärung zugesendet würde. Vgl. auch Rudorff zu Puchta Pand. §. 251 Note b, Scheurl Beitr. 1852 Nr. XII. S. 311. Entsch. G.-H. 1869 Nr. 98 [= Sammlung VII. Nr. 3537]: Für die Annahme der Assignation durch den Assignatar ist die Frist des §. 862 nicht maßgebend. (Ist dafür entscheidend, daß bei Eingehung eines Vertretungsverhältnisses die Annahme des Versprechens vorauszugehen pflegt, während §. 862 ein vorausgehendes Versprechen voraussetzt?)

27) So z. B. Keller S. 443, Savigny VIII. S. 235, 236, Unger I. S. 182 Note 81.

28) So Arndts §. 231, Anm. 3, Hasse im Rhein. Mus. II. S. 371 fg., vgl. gegen diesen Puchta Pand. §. 251, Note d.

Annahmserklärung, ferner die Möglichkeit des Erlöschens der Offerte durch den mittlerweiligen Tod des Antragstellers oder des Oblaten (§. 918), bei Anträgen aus oder nach dem Auslande auch die Beantwortung der Frage bestimmt, welches Territorialrecht für die Beurtheilung des Vertrags maßgebend sei (§§. 36, 37 b. G.-B.).[29]) Für die Behauptung, daß der Vertrag schon durch die geäußerte Annahme perfect werde (sog. Aeußerungstheorie) spricht der Umstand, daß die Willenseinigung in diesem Momente thatsächlich bereits vorhanden ist[30]); für die gegentheilige Anschauung (sog. Vernehmungstheorie) spricht dagegen der Satz, daß eine Willenserklärung juristisch erst dann existirt, wenn sie demjenigen zugekommen ist, dem sie vermeint ist. Ausdrücklich entschieden ist unsere Frage im b. G.-B. nicht; dennoch sollte vom Standpunkte des östr. Rechts nicht zweifelhaft sein, daß es sich für die zweitgenannte Theorie entscheidet. Denn perfect ist ein Vertrag erst dann, wenn er in dem Zustande ist, in welchem ein einseitiges Abgehen des Verpflichteten von demselben nicht mehr möglich ist; nun kann aber der Annehmende die bereits abgegebene, dem Offerenten aber noch nicht zugekommene Annahmserklärung nach seinem Belieben zurücknehmen[31]); ebenso steht es fest, daß die rechtzeitig abgesendete, aber verspätet eingelangte Annahmserklärung wirkungslos ist, wenn der Offerent die Verspätung nicht freiwillig nachsieht (§. 862 b. G.-B.), und doch kann nicht zweifelhaft sein, daß hier die Willenseinigung bereits vorhanden war; gleichwohl erklärt das Gesetz ausdrücklich „das Versprechen“ als erloschen — ein Beweis, daß es das, wiewohl schon angenommene Versprechen noch immer als bloßes Versprechen ansieht. Endlich ist zu erwägen, daß das Wesen des Vertrags in der Ergreifung der vorliegenden Willensunterwerfung besteht; ergriffen ist aber ein Rechtsobject nicht schon mit dem bloßen Dasein des Willens, sondern erst dann, wenn die Ergreifungshandlung an das zu ergreifende Object (hier an die Person des Offerenten) gelangt ist.[32])

---

29) Vgl. Savigny u. Unger a. a. O.

30) Darum entscheidet auch das H.-G.-B. Art. 321 die Frage in diesem Sinne.

31) Er kann den die Annahmserklärung enthaltenden Brief von der Post zurückholen oder durch ein den Widerruf enthaltendes Telegramm an den Offerenten überholen, ohne daß der Letztere dagegen wirksame Einsprache zu erheben vermöchte.

32) Die entgegengesetzte Anschauung müßte sich darauf stützen, daß die abzugebende Annahmserklärung vom Proponenten zum voraus acceptirt werde (Windscheid krit. Vjschr. X. S. 153), oder daß das Geschäft vom Momente der erklärten Willensübereinstimmung an geschlossen sei unter der rückzubeziehenden stillschweigenden Bedingung, daß es nicht durch Widerruf rückgängig werde. In dieser Auffassung erscheint die erklärte Willensübereinstimmung als das maßgebende Moment, die Bekanntmachung nur als eine Manifestation, die auf die erstere zurückbezogen werden muß, und damit soll der Widerspruch behoben werden, der darin liegt, daß der Widerruf noch zu einer Zeit zulässig ist, wo das Geschäft schon als perfect betrachtet werden muß. Man gewinnt mit dieser Auffassung nicht nur für die Willenserklärung eine sehr gewichtige Stellung, sondern auch den weitern Vortheil, daß die im Text zu nennenden Ausnahmen, indem sie in der allgemeinen Regel aufgehen, als solche entfallen. Allein diese Theorie entbehrt im östr. allg. Privatrecht der ausreichenden gesetzlichen Begründung. Vgl. übrigens W.-O. Art. 85.

Eine Ausnahme von dem Gesagten gilt aber naturgemäß in dem oben erwähnten Falle, wenn nach dem Sinne des Antrags der Annehmende sofort zu dem entsprechenden Handel berechtigt erscheint, wo der Vertrag eben durch dieses Handeln perfect wird, — ferner bei Verträgen mit Vorbehalt der Ratification durch den Machtgeber oder eine Behörde, wo wegen der rückwirkenden Kraft der Genehmigung schon das Stattfinden derselben, nicht erst ihr Bekanntwerden, den Vertrag zu Stande bringt.[33])

II. Im täglichen Leben begegnen wir häufig öffentlichen Erklärungen, gerichtet an unbestimmte Personen, und mit einem Inhalte, wie er wohl auch in Vertragsofferten vorzukommen pflegt. Es fragt sich — und die Frage ist schwierig, da sie in dieser Allgemeinheit in der Gesetzgebung nicht einmal aufgeworfen wird — ob solche Erklärungen auch wirklich als Vertragsofferten anzusehen sind, so daß sie durch Annahme (bezw. durch Gelangen der Annahmserklärung an den öffentlich Erklärenden) in einen bindenden Vertrag auslaufen?[34]) Oder gehört es zum Begriff einer Vertragsproposition, daß sie an eine bestimmte Person gerichtet sei?[35])

In der That ist hier zu unterscheiden: Enthält eine solche öffentliche Erklärung in ihrer Wesenheit nicht eine bestimmte Leistungszusage, sondern erklärt sie nur die Bereitwilligkeit ihres Urhebers, für einen gewissen Fall mit Jemandem in ein Rechtsverhältniß treten zu wollen, ist sie also nur die Ankündigung eines beabsichtigten geschäftlichen Unternehmens, dann kann sie nicht als Offerte, sondern nur als Aufforderung zur Abschließung von Verträgen, als ein Versuch, Anbote zu erhalten, angesehen werden, und ist daher in keiner Weise bindend. Von diesem Standpunkte sind zu beurtheilen die verschiedenen Pränumerationsankündigungen, die Aufforderungen zur Theilnahme an einem Actienunternehmen, an einem Spielgeschäfte, an einer Licitation oder Offertverhandlung, sowie die von Kaufleuten versendeten Preislisten (Preiscourants) ihrer Waarenvorräthe (Art. 337 H.-G.-B.).[36]) Enthält hingegen die öffentliche Ankündigung eine bestimmte Leistungszusage für denjenigen, der in bestimmter Weise thätig wird, so liegt eine sog. Auslobung[37]) vor, die als eine wirkliche Vertragsofferte anzusehen ist, und durch die Annahme in einen bin-

33) Wenn Jemand mit einem fremdstaatlichen Pupillen einen Vertrag schließt, der seine Perfection erst erlangt durch die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde des fremden Staates, so sind gewiß die Gesetze des fremden Staates auf diesen Vertrag anzuwenden.

34) Vgl. Schütze Jahrb. d. gem. R. V. 2 (1862), Jhering Dogm. Jahrb. IV. S. 93—106, Exner krit. Vjschr. XI. S. 337—361, Bekker Jahrb. d. gem. R. II. S. 342—414, III. S. 116 bis 122, 295, 296, Windscheid §. 309.

35) Vgl. Bekker a. a. O.

36) Vgl. Bekker a. a. O., Fischer Oestr. Handelsrecht §. 188, Thöl Handelsr. (3. Aufl.) I. S. 284, Windscheid §. 309 Nr. 1 lit. b. c. — Der Kaufmann kann daher ohne weiteres höhere Preise verlangen, als jene sind, zu denen er sich in der Zeitung, in seinem Preiscourant bekannt hat, und ist keineswegs verbunden, die Waaren bis zur Bestellung bereit zu halten.

37) Vgl. Windscheid §. 309 Nr. 1 lit. a, Kirchstetter S. 391, Exner a. a. O., Siegel S. 91—108; die weitere Literatur daselbst S. 91.

denden Vertrag übergeht.[38]) Die Annahme aber liegt hier in dem bestimmten Thätigwerden, ohne daß es nothwendig wäre, den Auslobenden hievon erst in Kenntniß zu setzen; auch hier nämlich haben wir es mit einer jener Vertragspropositionen zu thun, durch welche der Annehmende sofort zu dem entsprechenden Handeln berechtigt wird, und wo eben darum schon dieses Handeln den Vertrag perfect macht. Daß die Proposition ursprünglich an eine unbestimmte Person gerichtet wurde, steht diesem Ergebniß nicht entgegen, denn in dem Momente des Thätigwerdens desjenigen, der sich die in der Auslobung versprochene Leistung verdienen will, geht diese Unbestimmtheit in Bestimmtheit über, und es werden also auch hier, wie in anderen Vertragsfällen, Versprechen und Annahme zwischen bestimmten Personen ausgetauscht. Bis dahin kann die Auslobung als einseitige Willenserklärung widerrufen werden[39]); aber sie erlischt nicht von selbst nach den Regeln des §. 862 b. G.=B., weil schon in der Art, in der sie geschehen ist, die Erklärung enthalten ist, die Auslobung bis auf allfälligen Widerruf aufrecht halten zu wollen. Wurde aber das Gegentheil nicht besonders vorbehalten, so genügt es keineswegs, daß nur überhaupt der Widerruf öffentlich bekannt gemacht wurde, sondern dieser muß auch dem Betreffenden bekannt geworden sein. Ob dann, wenn der Widerruf erst erfolgte, nachdem die bestimmte Thätigkeit bereits begonnen hatte, der Widerrufende auf Erfüllung des in seiner Auslobung abgegebenen Versprechens oder nur auf Schadloshaltung belangt werden könne, ist quaestio facti.[40])

Von dem eben bezeichneten Standpunkte sind zu beurtheilen z. B. die öffentlich kundgemachten Zusicherungen einer Belohnung für das Zustandebringen verlorener Sachen, die Preisausschreibungen für das beste literarische oder künstlerische Werk bestimmter Art, die Preiszusicherungen an Theilnehmer von Industrieausstellungen, Wettrennen u. dgl. Wo

38) A. M. Siegel; nach ihm geht die Auslobung selbst dann nicht in einen Vertrag über, wenn die That vollbracht wurde, für welche die Auslobung den Preis aussetzte, denn damit sei nur die Bedingung erfüllt, von welcher die Preiszahlung abhängig gemacht wurde; um die letztere ansprechen zu können, sei weder Kenntniß von der Auslobung, noch die Absicht erforderlich, den ausgelobten Preis zu erwerben (z. B. Auslobung eines Preises für denjenigen, der die erste Kanone erobert, einen Räuber gefangen einbringt). Daher sei die Auslobung keine Vertragsofferte, denn die letztere enthalte ein Versprechen für den Fall der Annahme, die Auslobung aber ein Versprechen unter der Bedingung einer Leistung. Uebereinstimmend Unger in Grünhuts Ztschr. S. 370, in allem differirend Windscheid §. 309; Exner S. 348, 349 insoweit mit Siegel, als auch er die Belohnung durch die in welcher Absicht immer vollbrachte Leistung verdient werden läßt; darüber vgl. insbes. Siegel S. 106, 107; weitere Theorien über die Auslobung bei Siegel S. 95, 96, 98—103, 105, 106.

39) Windscheid §. 309; es ist dies die herrschende Ansicht. Vgl. Savigny Obl.=R. II. §. 61, Ihering S. 469, 470, aber auch Stubenrauch III. S. 5, 10 und aus der Gesetzgebung L. 5. D. de pollic. 50, 12, sächs. G.=B. §. 771, A. L.=R. I. 11. §. 988. Dagegen lehrt Siegel S. 92 fg., die Auslobung sei unwiderruflich, sobald sie öffentlich bekannt gemacht wurde; Unger S. 371 ist damit de lege ferenda einverstanden, glaubt aber nicht an die durchgängige Erweisbarkeit dieser Lehre.

40) Vgl. Windscheid Note 5.

dagegen einer Auslobung ein ernstlicher Verpflichtungswille nicht zu Grunde liegt, da kann dieselbe gegen den Auslobenden auch nicht geltend gemacht werden. Dahin gehören in der Regel jene Auslobungen, bei welchen es im Interesse des Auslobenden gelegen ist, daß die bestimmte Leistung nicht zu Stande komme.[41])

Zu den Verträgen, welche durch Aufforderungen an unbestimmte Personen eingeleitet zu werden pflegen, gehören auch die Versteigerungen.[42]) Ueber ihre rechtliche Natur gehen die Meinungen noch sehr auseinander. Daß die Ankündigung der beabsichtigten Versteigerung noch kein Vertragsanbot ist, und daher nicht zur Vornahme der Versteigerung verpflichtet, liegt freilich auf der Hand.[43]) Streitig ist aber vor Allem, ob die Ausbietung des Versteigerers als Vertragsanbot[44]) oder nur als eine Aufforderung, Anbote zu stellen[45]), anzusehen sei. Offenbar ist dies quaestio facti[46]): Erfolgt die Ausbietung um einen bestimmten Preis, dann ist sie Offerte, es sei denn, daß sich der Versteigerer ausdrücklich oder nach der Natur der concreten Versteigerung noch vollständig freie Entschließung vorbehalten hätte; Ausbietungen ohne Nennung des Preises dagegen sind lediglich Aufforderungen zu Anboten, also für sich ohne juristische Wirkung.[47]) — Streitig ist ferner, ob ein Mitbieter auch dann noch gebunden bleibe, wenn er von Anderen überboten wurde, oder ob er in solchem Falle seines Versprechens los und ledig werde.[48]) Auch dies ist eine Frage des einzelnen Falles: Ist nämlich, wie dies in Oesterreich bei Mobilarlicitationen und überhaupt bei Versteigerungen, bei denen sofortige Bezahlung erfolgen soll, die Regel bildet, bestimmt, daß lediglich der höhere Anbot entscheidet, dann ist jeder geringere Anbot als ein nur unter der Bedingung gemachter anzusehen, daß er nicht von einem anderen überboten werde. Hat sich aber der Versteigerer freie Wahl unter den Mitbietern (oder unter einigen der besten Bieter) vorbehalten, dann bleibt jeder derselben an seinen Anbot so lange gebunden, als nicht

---

41) In diese Kategorie fallen in der Regel jene marktschreierischen Belohnungsversprechungen zu Gunsten Desjenigen, der an einer Waare einen bestimmten Mangel entdecken werde. Windscheid Note 6, Exner S. 338 fg. Dagegen aber Unger S. 370. Weitere Literaturangaben bei Siegel S. 92, Note 2.

42) Vgl. Kindervater Dogm. Jahrb. VII. Nr. 1 (1865), Ihering ebda. Nr. 4, Kindervater ebda. Nr. 7, Ihering ebda. Nr. 8, Unger ebda. VIII. Nr. 5, Regelsberger a. a. O. S. 162—195, Kirchstetter S. 390, Reuling Dogm. Jahrb. X. S. 355—376, Baron Pand. §. 212, Nr. II, Siegel 82—90.

43) Daher ist Derjenige, der eine Versteigerung angekündigt hat und nachträglich davon absteht, auch nicht zum Ersatze der Kosten verpflichtet, welche den zur Versteigerung zugereisten Kauflustigen erwachsen sind. Reuling S. 357, 358, Entsch. G.-H. 1861, Nr. 13 [= Sammlung III. Nr. 1259].

44) So Puchta §. 252, der daher in jedem Angebot eines Bieters bereits den Abschluß des Vertrages, jedoch unter der stillschweigenden Resolutivbedingung erkennen will, wenn sich kein besserer Bieter finde. So auch das sächs. G.-B. §. 819. Dagegen schon Keller §. 223 a. E., Mittermaier §. 282, Winiwarter IV. S. 290.

45) So Kirchstetter und Reuling a. a. O.

46) Vgl. Siegel S. 82, 83.

47) Unger, Windscheid, Baron a. a. O.

48) Ersteres behauptet Ihering, Letzteres Kindervater.

der Versteigerer ausdrücklich oder stillschweigend erklärt, daß er ihn nicht mehr zu berücksichtigen gedenke.[49]) Darum bestimmt auch das Hofd. v. 15. Jänner 1787 lit. t Nr. 621 J.-G.-S., daß bei Zwangsversteigerungen unbeweglicher Güter nicht immer die höhere Summe, sondern auch prompte Zahlung entscheiden soll. Bei sog. freiwilligen Versteigerungen kann der Versteigerer auch alle gemachten Anbote zurückweisen; bei nothwendigen besteht eine Verbindlichkeit zur Acceptation des günstigsten Angebotes wohl gegenüber dem Executen, nicht auch gegenüber dem Meistbieter selbst.[50])

III. Unterhandlungen als solche sind noch unverbindlich (oben); gleichwohl kann es sein, daß ihr Ergebniß in Verträge gefaßt wird, die bindender Natur sind. Diese Verträge nennt man präparatorische.[51]) Sie kommen in zwei Gestalten vor:

1) Als Verträge des Inhalts, daß sich die Parteien verbinden, künftig einen bestimmten Schuldvertrag schließen zu wollen (pacta de contrahendo, Vorverträge).[52]) Sie sind aber nach östr. Recht[53]) (§. 936 b. G.-B.) nur dann bindend, wenn sie

a) die erforderliche Bestimmtheit haben, d. i. wenn schon in ihnen die wesentlichen Stücke des später abzuschließenden Vertrags bestimmt worden sind.[54]) Wesentlich aber sind (§. 869) alle jene Vertragspunkte, die sich durch ein Dispositivgesetz nicht suppliren lassen (die essentialia im Gegensatz der naturalia negotii).[55]) Außerdem muß

b) die Zeit der Abschließung des in Aussicht genommenen Vertrags ausdrücklich bestimmt sein.[56])

---

49) Reuling S. 365, dem sich nun auch Ihering S. 375 Note 12 anschließt. Siegel S. 86 (dem Unger in Grünhuts Ztschr. I. S. 369 zustimmt) findet hierin einen der mehreren Fälle, in welchen das bloße Versprechen zwar nicht zur Erfüllung, aber doch dazu verpflichtet, im Worte zu bleiben. — Ueber die Constructionsversuche von Seuffert, Kindervater, Ihering und Regelsberger vgl. Siegel S. 87—90.

50) Reuling gegen Unger S. 357.

51) Arndts §. 231, Puchta §. 251.

52) Dieser Terminus wird vertheidigt von Gerber §. 163 Note 1.

53) Nach röm. R. sind pacta de contr. nicht klagbar; man half sich daher durch beigefügte Pönalstipulationen (L. 68 D. de V. O. 45. 1). Das deutsche Recht erkennt ihre Klagbarkeit an, jedoch müssen sie die erforderliche Bestimmtheit haben (Gerber Nr. 163). Dieser Rechtssatz ging mit zweckmäßigen Modificationen in das östr. R. über.

54) Darum vorgeschrieben, weil die Erzwingung eines Vertrages, dem noch wesentliche Stücke fehlen, unmöglich oder wenigstens unpractisch wäre. — Mit Vorverträgen nicht zu verwechseln sind Uebereinkünfte des Inhaltes, künftig in Betreff eines gewissen Gegenstandes blos in Unterhandlung treten zu wollen (was namentlich im internationalen Verkehr zwischen Staaten nicht selten vorkommt). Auch solche Verträge sind unbedenklich klagbar, wenn auch die practische Bedeutung dieser Klagbarkeit keine weitgehende ist.

55) Mangels dieser Bestimmtheit wäre also z. B. ungiltig die allgemeine Verabredung, mit Jemanden in Handelsverkehr zu treten, von ihm „Waaren" kaufen, „ein Haus" miethen zu wollen u. dgl.

56) §. 904 in pr. b. G.-B. ist also hier nicht anwendbar. Der Grund liegt in dem Zusammenhang mit der hier präsumirten clausula rebus sic stantibus (Note 58).

Auch wo beides zutrifft, erlischt die Klage auf Erfüllung der Zusage in einem Jahre vom bedungenen Zeitpunkte an gerechnet[57]), ja möglicher Weise noch früher, nämlich wenn sich die Umstände mittlerweile so geändert haben, daß, wenn sie schon ursprünglich so gestaltet gewesen wären, der Vertrag gar nicht abgeschlossen worden wäre (sog. clausula rebus sic stantibus).[58])

Vorverträge werden besonders wichtig bei den sog. Realcontracten[59]), da sie bei diesen regelmäßig als abgesondertes Geschäft vorausgehen (§§. 957, 971, 983, 1368[60])); bei Consensualverträgen treten sie nur selten mit der im §. 936 geforderten Bestimmtheit auf, ohne zugleich in den definitiven Vertrag überzugehen.[61])

Der Vorvertrag ist aber ein solcher nur, wenn er einen Schuldvertrag vorbereitet, und wenn er zugleich ein selbständiger, nicht ein bloßer Nebenvertrag ist. In diesem Sinne liegt ein Vorvertrag nicht vor:

a) wenn das Verabredete nur in der Erfüllung, nicht in der Begründung einer Obligation zu bestehen hat. Der Kaufvertrag erscheint im Verhältniß zu der Tradition, zu deren Vornahme er verpflichtet[62]), der Miethvertrag im Verhältniß zur wirklichen Einräumung des Gebrauchs nicht als Vorvertrag;

b) wenn die Verbindlichkeit zur künftigen Abschließung des Vertrags nur als Nebenverabredung einem bereits perfecten Vertrage bei-

57) Unger II. S. 276 Note 78, S. 278 Note 79 findet in dieser Frist nicht eine Verjährungs-, sondern eine Präclusivfrist.

58) Gerber §. 163 Note 2, Unger Syst. II. S. 160, revid. sächs. Entw. S. 91.

59) Zeiller ad §. 936, Holzschuher II/2, S. 264.

60) Das Gesetz sagt zwar in diesen Paragraphen sehr allgemein: „das Versprechen, die Sache ... zu übergeben, ist zwar bindend" — aber es will damit nicht sagen, daß es bindend auch sei, wo die Erfordernisse und Voraussetzungen des §. 936 fehlen. Bei jenen Paragraphen war nicht der Ort, die Bestimmungen des §. 936 zu wiederholen, und §. 983 spricht deutlich genug durch die ausdrückliche Berufung auf §. 936.

61) Holzschuher S. 264 behauptet geradezu, daß bei Consensualcontracten das pact. de contr. mit dem Hauptvertrag zusammenfalle, wenn es alle seine wesentlichen Stücke umfaßt. In diesem — wohl zu weit gehenden — Sinne erklärt auch Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 81 [= Sammlung VI. Nr. 3079] die Verabredung, durch welche A sich dem B verpflichtete, ihm gewisse Grundstücke, wenn er sie bei der Licitation erstehen würde, gegen Ersatz des Preises und der Kosten jederzeit zu überlassen und die diesfalls nöthigen Urkunden auszustellen, nicht für einen Vorvertrag, sondern für den definitiven Vertrag selbst. — Man denke ferner an die mündliche Zusicherung, dem Gläubiger einen Wechsel auszustellen (sog. pactum de cambiando).

62) Bekanntlich ist die Tradition des Kaufstücks, ja jede Zahlung selbst ein Vertrag; zur Zeit der Abfassung des b. G.-B. wurden sie aber noch nicht als Verträge aufgefaßt; daher die nach dieser Richtung mangelhafte Fassung des §. 936 b. G.-B. — Gegen die im Text vertretene Auffassung s. auch Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 72 [= Sammlung VII. Nr. 3375], welche das vertragsmäßig eingeräumte Recht, Grundstücke nach dem Tode des jetzigen Eigenthümers um einen voraus bestimmten Preis zu übernehmen, für einen nach §. 936 zu beurtheilenden Vorvertrag erklärt.

gefügt wurde. Daher ist die einem Kaufvertrage sofort[63]) beigefügte Nebenabrede eines Wiederkaufs (§. 1068), Rückkaufs (§. 1071) oder Vorkaufs (§. 1072)[64]) ebensowenig als Vorvertrag zu behandeln[65]), als die einem Vertrage beigefügte Clausel, es sollen die aus demselben etwa entstehenden Streitigkeiten durch einen Schiedsrichter entschieden werden (sog. pactum de compromittendo)[66]);

c) wenn sich die Verabredung kraft gesetzlicher Bestimmung als ein unfertiges Geschäft darstellt. Darum ist, wenn das Gesetz zur Perfection des Hauptvertrags die Schrift- oder eine andere Form fordert[67]), und ebenso, wenn sich die Parteien ausdrücklich zu einem schriftlichen Vertrage verabredet haben (§. 884 b. G.-B.), die erzielte mündliche Verständigung nicht als Vorvertrag zu behandeln.[68])

2) Eine andere Art präparatorischer Verträge mit bindender Kraft ist die deutschrechtliche[69]) Punctation, d. i. die einstweilige schriftliche Abfassung von in den wesentlichen Punkten ihres Inhalts zu Stande gekommenen Verträgen, welche aber noch erst in einer besonderen Form zum Abschluß kommen sollen.[70]) Sie ist, wenn diese Form lediglich die Schriftform ist, in Bezug auf die in ihr enthaltenen Punkte bereits vollkommen bindend (§. 885); besteht aber die fehlende Form in etwas Anderem[71]), dann hat die Punctation keine größere Wirksamkeit, als der vollendete schriftliche Vertrag ohne diese Form haben würde.[72])

---

63) Eine später beigefügte Verabredung dieses Inhalts wäre allerdings nach §. 936 zu beurtheilen. — Auch nach röm. R. müssen die pacta adjecta in continenti beigefügt sein, wenn sie als solche erscheinen und der Klage aus dem Hauptvertrage theilhaftig sein sollen. Keller §. 221 S. 433.

64) Diese Nebenverträge erscheinen als Bestandtheile des Hauptvertrags und werden daher nicht nach §. 936 beurtheilt.

65) Unger II. S. 381 Note 11.

66) Puchta §. 296 a. E., Jud.-B. Nr. 26 (= G.-Z. 1872 Nr. 74 = G.-Z. 1859 Nr. 118 [= Samml. II. Nr. 1007]). Vgl. §. 377 der siebenb. C.-P.-O.

67) Gerber §. 163.

68) Thöl Handelsrecht §§. 58, 60. Doch verfällt die arrha, wenn sie pacto imperfecto data war. Thöl a. a. O., Arndts §. 240, Keller §. 224.

69) Für deutschrechtlich erklärt das Institut Keller S. 437. (Zu allgemein drückt sich aus Gerber §. 163.) Wohl spricht auch L. 17. Cod. de fide instr. 4. 21 von Punctationen („scheda"), räumt ihnen aber für den Fall, als die Parteien sich ausdrücklich zu einem schriftlichen Vertrage verabredet hatten, gar keine rechtliche Bedeutung ein. Keller S. 436.

70) Puchta §. 251, Arndts §. 231. Es können noch hinzukommen sollen Nebenpunkte und die bestimmte Form. Kommt es zur Ausfertigung des formellen Vertrags nicht, und ist die nachzuholende Form lediglich die Schriftform, so gelten in Betreff der Nebenpunkte die sog. naturalia negotii (Gerber §. 163 Note 5). Entsch. G.-H. 1868 Nr. 38 [= Sammlung VI. Nr. 2970] läßt in diesem Falle die mündlichen Verabredungen gelten.

71) Z. B. gerichtliche Bestätigung (§§. 162, 174, 181, 865 b. G.-B.), Notariatsact (Ges. v. 25. Juli 1871 R.-G.-B. Nr. 76).

72) In diesem Falle enthält eben die Punctation nur Tractate; im ersteren aber kann auf Erfüllung des Geschäfts, oder Nachtragung der Form geklagt werden. Puchta §. 251, Arndts §. 231, Gerber §. 163.

§. 316. Angeld und Reugeld (Arrha).[1])

I. Das Angeld ist die bei der Abschließung[2]) eines Vertrags von einem Contrahenten dem anderen in der Absicht[3]) der Sicherstellung der Verbindlichkeit oder zugleich als Zeichen der Abschließung[4]) geleistete Gabe[5] (§. 908). Die Wirkungen des Hingebens eines Angeldes sind aber verschieden, je nachdem es bei einem perfecten Vertrage (arrha confirmatoria, contractu perfecto data) oder bei einem noch nicht perfecten Vertrage (pacto imperfecto) gegeben wurde.

1) Die Wirkung der arrha confirmatoria[6]) besteht darin, daß im

1) Literatur: Jagemann Die Daraufgabe; vergleichende Rechtsstudie. Berlin 1870. Ungermann G.-Z. 1860 Nr. 17, Gegenbemerkungen dazu von Kißling G.-Z. 1860 Nr. 48; besonders aber Johanny G.-H. 1864 Nr. 25, 26. Zrodłowski G.-Z. 1867 Nr. 95; v. Canstein Das Angeld nach Handelsrecht G.-Z. 1874 Nr. 8, 9.

2) Inwiefern diese Formulirung nicht ganz präcis ist, ergibt sich von selbst aus dem Texte, der eine arrha contr. perf. und imperf. data unterscheidet.

3) Ob diese Absicht erklärt sein müsse, ist streitig. Dagegen Johanny a. a. O. und Entsch. G.-Z. 1859 Nr. 140 [= Sammlung II. Nr. 840]. Dafür Ungermann a. a. O., der namentlich betont, daß das nicht Angeld sei, was beim Abschluß eines Kaufvertrags der Verabredung gemäß als Theil des Kaufschillings erlegt wurde. Das Richtige ist wohl, daß die Leistung nicht ausdrücklich als Angeld erklärt zu werden braucht, daß aber die bestimmte Absicht allerdings vorhanden sein muß. Nur wird diese Absicht insofern präsumirt, als das beim Abschluß des Vertrags Gegebene als Angeld angesehen wird, wenn nicht aus der Erklärung der Parteien erhellt, daß das Geleistete zu anderen Zwecken gegeben wurde.

4) Vgl. L. 35. pr. D. de C. E. 18. 1: Quod saepe arrhae nomine pro emtione datur, non eo pertinet, quod sine arrha conventio nihil proficiat, sed ut evidentius probari possit, convenisse de pretio. — Im §. 908 b. G.-B. bezeichnet das Wörtchen „oder" keinen genauen Gegensatz; denn nach öſtr. R. gilt das Angeld immer als Sicherstellung; dagegen erscheint es dann gewiß nicht als Zeichen der Vertragsabschließung, wenn es pacto imperfecto gegeben ist. Johanny a. a. O.

5) Johanny erklärt das Angeld für eine unmittelbar bei Abschluß eines Vertrags geleistete Abschlagszahlung auf die eben eingegangene contractliche Verbindlichkeit und deducirt daraus, daß das Angeld ein Zeichen der Vertragsperfection sei; auch er aber gibt zu, daß durch Verabredung auch solche Gaben, die Abschlagszahlungen nicht sein können (z. B. eine Geldleistung Seitens Dessen, der sich zu einer Getreidelieferung verpflichtet hat), die Natur des Angeldes annehmen können. Insofern ist die Leistung des Angeldes gewiß nicht wesentlich der Anfang der Erfüllung. Vgl. übrigens Entsch. G.-H. 1869 Nr. 22 [= Sammlung VII. Nr. 3256]: Die vorbehaltlose Rückannahme des Angeldes gilt als Rücktritt vom Vertrage, und es kann daher unter dem Titel des doppelten Angeldes nicht die nochmalige Zahlung desselben verlangt werden.

6) Nach röm. R. hat die arrha confirmatoria meist nur die Wirkung, daß die Einwendung der mangelnden Perfection des Vertrags ausgeschlossen ist. Der Empfänger kann auf Erfüllung und Ersatz klagen, muß aber dabei die arrha einrechnen. Hat er keinen oder nur einen solchen Schaden erlitten, der durch die arrha mehr als gedeckt ist, so will ihn Johanny zur Rückstellung der arrha bezw. des seinen Schaden übersteigenden Restes verhalten sein lassen, während Holzschuher II/2. S. 286, Keller §. 224, Heimbach Rechtslex. I. S. 459, 460 u. A. meinen, daß er, wenn er die Klage auf Erfüllung fallen lasse, die arrha unter allen Umständen behalten

Falle der schuldbaren Nichterfüllung von der einen Seite der schuldlose[7]) Gegentheil das Wahlrecht hat, entweder das (empfangene) Angeld zu behalten, bezw. (wenn er der Geber war) dasselbe in doppeltem Betrage zurückzufordern — oder auf die Erfüllung des Vertrags nebst Ersatz für die nicht rechtzeitige Erfüllung zu dringen; wählt er die letztere Alternative, dann muß er das (seinerseits empfangene) Angeld in die ihm gebührende Leistung einrechnen, bezw. wenn es ungleichartig ist, dasselbe zurückstellen (§. 908).[8]) Es liegt in dieser Berechtigung des Schuldlosen eine Abweichung von der Regel des §. 919 b. G.-B., die aus der Annahme einer stillschweigenden lex commissoria zu erklären ist.[9]) Dieses Wahlrecht beginnt offenbar mit dem Tage der Säumigkeit des Gegners[10]); der Letztere kann von da an dem Wahlberechtigten die Zahlung nicht mehr aufdringen, der Schuldlose ist, wenn er den Rücktritt wählt, nicht mehr gehalten, den Gegenstand des Vertrags anzunehmen.[11]) Aus der Subintelligirung der lex commissoria begreift sich zugleich von selbst der Rechtssatz, daß die sog. Vadien bei Licitationen verfallen, wenn der Ersteher die Licitationsbedingungen nicht erfüllt.[12]) Die bezeichnete Wirkung schuldbarer Nichterfüllung tritt ebenso auch bei bloßer Versäumniß rechtzeitiger Erfüllung ein[13]); wurde aber die Erfüllung durch Zufall oder beiderseitiges Verschulden unmöglich, dann kann eben nur das Angeld (mit der condictio sine causa oder ob causam datorum zurückgefordert werden[14]); als Zufall gilt aber nicht die Eröffnung des Concurses.[15])

dürfe. Von einem Forderungsrechte auf das duplum der arrha oder einem Wahlrecht, wie es §. 908 enthält, ist dem röm. R. nichts bekannt.

7) Einen Fall des Verschuldens des Gegentheils s. in G.-Z. 1871 Nr. 69.

8) Johanny und Kißling a. a. O. Kirchstetter S. 499, vgl. H.-G.-B. Art. 285 und über die ratio des §. 908 in f. Kirchstetter Note 1. Ungermann dagegen behauptet, diese Berechtigung sei nicht eine alternative, sondern eine cumulative, d. h. er will das Angeld in die Leistung des Säumigen nicht einrechnen. Allein vgl. dagegen Hofd. v. 12. Aug. 1825, Michel Nr. 1232. In der Zurückforderung des gegebenen Angeldes liegt ein Abgehen vom Vertrage; wer nun Erfüllung desselben verlangt, kann nicht gleichzeitig vom Vertrage zurücktreten.

9) Ungermann, Johanny a. a. O. Entsch. G.-Z. 1857 Nr. 61, 1859 Nr. 140, auch 1855 Nr. 101 [= Sammlung I. Nr. 276. II. Nr. 840, I. Nr. 76] und vgl. auch die Entsch. oben Note 5 a. E. Das röm. R. gewährt ein Wahlrecht nur bei ausdrücklicher Vereinbarung der lex comm. Holzschuher III. S. 295, Windscheid §. 325, irrig Canstein G.-Z. 1874 Nr. 8.

10) Johanny a. a. O. Doch entfällt das Wahlrecht, wenn der Vertrag auch nur zum Theile erfüllt wurde: Entsch. G.-Z. 1873 Nr. 91 [= Sammlung XI. Nr. 5024].

11) Johanny a. a. O. Entsch. G.-H. 1870 Nr. 32 [= Schimkowsky II. Nr. 894].

12) Pfänder dagegen dürfen nicht eingezogen werden, da die dem Pfandvertrage beigefügte lex commissoria ungiltig ist (§. 1371 b. G.-B.).

13) Johanny a. a. O. Entsch. G.-H. 1870 Nr. 32 (Note 11). Dies ist besonders wichtig, wenn der betreffende Vertrag zu einer längeren Reihe von Leistungen verpflichtete.

14) Windscheid §. 325 Note 2, Johanny a. a. O. — Entsch. G.-Z. 1870 Nr. 65 [= Samml. VII. Nr. 3256]: Die vorbehaltlose Zurücknahme des einfachen Angeldes befreit den Gegner von der Zahlung des doppelten.

15) Entsch. G.-H. 1859 Nr. 20 [= Sammlung II. Nr. 997]. Dagegen mit Unrecht Schuster G.-H. 1858 Nr. 8.

2) Wird dagegen ein Angeld pacto imperfecto gegeben, d. h. unter Umständen, wo zwar der Vertragswille materiell schon vorhanden, der Vertrag aber doch noch nicht abgeschlossen ist[16]), dann steht es zwar, so lange der förmliche Vertragsabschluß noch nicht erfolgt ist, jedem Theile noch immer frei, von dem Geschäfte zurückzutreten (§. 884)[17]); allein der den Abschluß des Vertrags Verweigernde hat seine Weigerung durch den Verlust des Angeldes zu büßen; ist er der Geber, so behält der Empfänger die Arrha; ist er der Empfänger, so muß er sie dem Geber in doppeltem Betrage zurückgeben.[18]) Somit hat das b. G.-B. einen Rechtssatz, den das röm. Recht[19]) nur für die arrha pacta imperf. data aufgestellt hatte (die Rückgabe des duplum), auch auf die arrha confirmatoria erstreckt.

II. Eine Arrha kann aber auch bei ausdrücklich vorbehaltenem beliebigen Rücktrittsrechte bedungen werden als Ausgleichung für den aus dem Rücktritte für den Gegentheil hervorgehenden Nachtheil. In diesem Falle steht das Recht, zu wählen zwischen der Erfüllung des Vertrags und dem Verlust der Arrha dem zur Erfüllung Verpflichteten zu, während es in dem Falle sub I. 1. der Berechtigte hat. Diese dem röm. Recht unbekannte[20]) Arrha wird von den Neueren arrha poenitentialis, Reugeld genannt.[21])

Das Reugeld wird entweder vorerst nur versprochen, oder sofort gegeben. Wurde es nur versprochen, so hat der es Versprechende die Wahl, den Vertrag zu erfüllen, oder sich durch Leistung des Reugeldes von der Erfüllung zu befreien. Mit der getroffenen Wahl[22]) hört aber das Wahlrecht definitiv auf (§. 909). Auch muß der Promittent das Reugeld schon dann entrichten, wenn die Erfüllung durch sein Verschulden, nicht auch dann, wenn sie durch einen Zufall unmöglich wurde (§. 911). — Wurde dagegen das Reugeld voraus gegeben, dann hat es eine gewisse Verwandtschaft mit dem Angelde, und wird auch in gewisser Beziehung analog behandelt. Es ist nämlich zu unterscheiden, ob derjenige,

---

16) Da wird es eben gegeben zu dem Zwecke, damit der Paciscent, der etwa geneigt sein möchte, den Vertragsabschluß zu verweigern, durch den drohenden Verlust des Werthes des Angeldes einen Antrieb zum Abschluß des Vertrags erhalte.

17) Entsch. in der Preßb. Ztschr. I. Nr. 39 [= Sammlung I. Nr. 152].

18) Johanny a. a. O. Kirchstetter S. 449. Das Gesagte ergibt sich daraus, daß §. 908 b. G.-B. das Angeld nicht immer als ein Zeichen der Vertragsabschließung, sondern unter Umständen nur als eine Sicherstellung ansieht. Letzteres gibt einen guten Sinn nur dann, wenn man es auf die arrha pacto imperf. data bezieht. Doch erklärt Entsch. G.-H. 1869 Nr. 66 [= Sammlung VII. Nr. 3276], es könne ein Angeld, welches bei einer Vertragsberedung gegeben wurde, die nicht alle im §. 936 genannten Erfordernisse hat und daher nicht klagbar ist, ohne weiteres zurückgefordert werden, wenn es zur wirklichen Abschließung des verabredeten Vertrags nicht komme.

19) L. 17. Cod. de fide instr. 4. 21, L. 3. Cod. 4. 49, pr. J. 3. 23 (24). Keller §. 222, Savigny Obl.-R. II. S. 269 fg., Holzschuher III. S. 294, Arndts §. 240 Nr. 2.

20) Keller §. 224.

21) Vgl. Zródłowski in G.-Z. 1867 Nr. 95.

22) Und zwar liegt sie schon in dem Beginne der Erfüllung seinerseits oder in der Annahme der von der anderen Seite begonnenen Erfüllung.

der sich das Wahlrecht vorbehalten hat, Geber oder Empfänger der Arrha ist; ist er der Geber, so verliert er, wenn er den Vertrag nicht erfüllt, das gegebene Reugeld; ist er der Empfänger, so muß er, wenn er nicht erfüllt, das Doppelte des empfangenen Reugeldes zurückstellen (§. 910).

III. Etwas Anderes als die Arrha sind die auch im östr. Rechtsleben vorkommenden[23]) bekannten germanischen[24]) Bekräftigungsmittel der Verträge. Dahin gehört: Der Leih- oder Weinkauf, d. i. ein gemeinschaftlicher Trunk nach abgeschlossenem Kaufe, dessen Kosten gewöhnlich der Käufer zu tragen hat, das Halfter- oder Zaumgeld bei Pferdekäufen, eine Gabe an den Wärter des Thieres, das Schlüsselgeld bei Verkäufen von Landgütern, das da entrichtet wird an den Schaffner des Gutes oder an die Frau oder Tochter des Verkäufers. In allen diesen Fällen handelt es sich lediglich um Zeichen des Vertragsabschlusses[25]), nicht um ein Angeld im Sinne des §. 908; diese Zuwendungen sind Zugaben zu den übrigen vertragsmäßigen Leistungen; sie können daher neben der Erfüllung des Vertrags in Anspruch genommen bezw. behalten werden, während das Angeld nicht nebst der Erfüllung gefordert werden kann.

§. 325. Entstehung von Obligationen durch einseitige Rechtsgeschäfte.

Wie das römische, so kennt auch das östr. Recht neben den Schuldverträgen auch einseitige Rechtsgeschäfte als Entstehungsgründe von Forderungen. Zunächst gehören hieher die letztwilligen Anordnungen, welche jedoch nicht für sich allein, sondern erst im Zusammenhange mit dem Tode des Erklärenden, und auch in diesem Falle nur dann Obligationen begründen können, wenn der bestimmte Gläubiger den Erblasser überlebt. Darüber das Nähere im Erbrecht. Hier sind als einseitige, eine Forderung begründende Rechtsgeschäfte folgende[1]) zu nennen:

1) Die Ausstellung eines Inhaberpapiers.[2]) Unter einem In-

---

23) Doch spielen sie in der Praxis kaum eine bedeutende Rolle.

24) Vgl. darüber Kißling a. a. O. Mittermaier (5. Aufl.) §. 280, Gerber §. 164; speciell über den Leihkauf St. Louis G.-Z. 1871 Nr. 54 (der mit Kißling übereinstimmt).

25) Auch der Handschlag ist ein solches Zeichen.

1) Siegel Das Versprechen als Verpflichtungsgrund S. 91 fg. zählt neben der Ausstellung von Inhaber-, Recta- und Ordrepapieren auch die Auslobung zu den einseitigen, eine Leistungsverbindlichkeit begründenden Rechtsgeschäften. Er stellt S. 48, 49 als Regel auf, daß Willenserklärung des anderen (dem Auslobenden gegenüberstehenden) Theils nur eine accessorische und blos deswegen nothwendig sei, weil sie der Versprechende selbst verlangte. Da nun das Erforderniß der Annahme nur in dem Willen des Versprechenden wurzle, so entfalle jeder Grund, dem bedingungslos gegebenen Versprechen die Wirksamkeit zu versagen. Vgl. noch Unger in Grünhut's Ztschr. I. S. 373, 374, der noch andere Fälle anführt, in welchen das nicht angenommene Versprechen verbindende Kraft habe.

2) Hauptwerk: Kuntze Inhaberpapiere. Leipzig 1857. Unger Die rechtl. Natur d. J.-P. 1859. Vgl. auch A. Stein Skizze einer Theorie der Inhaber- und Ordrepapiere. G.-Z. 1871 Nr. 67—72 (auch im Sep.-Abdr. erschienen). Geller G.-Z. 1873 Nr. 40—44, und jetzt bes.

haberpapier versteht man eine Urkunde, in welcher sich der Aussteller dem Ueberbringer derselben[3]) zu einer in ihr selbst ausgedrückten Leistung verpflichtet. Dahin gehören nicht nur jene Documente, die den Ueberbringer zur Erhebung einer in der Urkunde ausgedrückten Geldsumme berechtigen[4]), sondern es kann das Inhaberpapier auch auf eine andere — positive oder negative — Leistung lauten.[5])

Das Recht zur Ausgabe von auf Geld lautenden Inhaberpapieren steht nach §. 1001 b. G.-B. und Hofkmd. v. 17. Dec. 1847[6]) nur dem Staate und den von demselben speciell hierzu privilegirten Personen zu. Bezüglich der Inhaberpapiere auf andere Leistungen besteht eine ähnliche Beschränkung nicht.[7])

In dem Inhaberpapiere liegt die Erklärung a) jedem Besitzer des Papiers und b) nur dem Besitzer leisten zu wollen. Der Erklärende knüpft hiemit die Forderung an den Zustand des Besitzes[8]) des Papiers.[9]) Die Urkunde ist nicht blos Beweis-, sondern Dispositivurkunde, ohne sie gelangt die Forderung gar nicht zur Existenz.[10]) Wer dagegen Besitzer der Urkunde ist, ist zugleich Gläubiger in dem darin ausgedrückten For-

---

Siegel Das Versprechen S. 108—128. Eine kurze Uebersicht über die verschiedenen Theorien bei Kirchstetter 2. Aufl. S. 649—655.

3) An einen unbestimmten Dritten gerichtete Willenserklärungen von rechtlicher Bedeutung sind überhaupt nicht allzu selten; man denke z. B. an so manche Fälle der offenen Vollmacht (§. 1017 b. G.-B.). Vgl. auch Unger I. S. 568.

4) Z. B. Bank- und Staatsnoten, verlosbare Staatspapiere, Partialhypothekaranweisungen, Coupons, Pfandbriefe der Banken, Einlagsscheine der Lottocollecturen, Lose der Güterlotterien, Inhaberactien u. s. w. Vgl. Wehli G.-H. 1869 Nr. 7.

5) Z. B. Talons, Versatzscheine, Speise- und Trinkkarten, Badebillets, Theater- und Concert-Eintrittskarten, Eisenbahnbillets u. s. w. Vgl. Thöl Handelsr. 3. Aufl. I. S. 223, Gerber §. 160 Note 1, Gröning im civ. Arch. XLV. S. 90—95, Unger Inh.-P. S. 90. Es gibt sogar Marken, die weder von Papier sind, noch eine Schrift enthalten, gleichwohl aber die Natur von Inhaberpapieren an sich tragen, wie so manche Bestätigungen über den Empfang einer Sache zu gewerblicher Bearbeitung.

6) Danach dürfen nämlich Privatschuldscheine und Partialobligationen von Privatanlehen immer nur auf bestimmte Namen lauten.

7) Unger Inh.-P. S. 174, Kirchstetter S. 656, Stein a. a. O. Nr. 70, der übrigens Nr. 69 annimmt, der Schuldner werde auch durch ein gegen das gesetzliche Verbot (Note 6) ausgestelltes Inhaberpapier verpflichtet.

8) Nicht der bloßen Innehabung, wie Siegel S. 115 meint. Umgekehrt fordert Randa Besitz §. 173 u. A. zur Uebertragung der Forderung Uebertragung des Eigenthums am Papier.

9) Gerber §. 161, Ihering Dogm. Jahrb. X. S. 444, 446. — Stein Nr. 67, 68 will aus dem Inhaberpapiere gar kein Recht entspringen lassen, sondern nur eine absolute, Jedermann gegenüber bestehende Pflicht, der auf der andern Seite nur ein Anspruch gegenübersteht, und zwar darum, weil die Pflicht bestehe, auch wenn es an jedem Inhaber fehlt. Aehnlich Geller Nr. 42 bis 44, der aber doch auch hier von einer Forderung spricht. Vgl. Siegel S. 108 fg.

10) Randa G.-H. 1867 Nr. 50. Weil das Papier „Träger der Forderung" ist (Unger S. 110), reden die Schriftsteller von einer in dem Inhaberpapier „verkörperten Obligation", einem „verkörperten Willen des Schuldners", einem „verkörperten Rechtsverhältniß", „verkörperten Versprechen". Vgl. Savigny Obl.-R. II. S. 99, Gerber §. 160, Beseler Syst. §. 87 Note 18, Siegel S. 111.

derungsverhältniß, mag er den Besitz wie immer erworben haben. Da nun der Aussteller der erste Besitzer der Urkunde ist, so ist er selbst auch der erste Gläubiger[11]), nur daß freilich durch die Ausstellung sein Vermögen nicht vermehrt ist[12]), da seine Forderung durch seine genau gleich große Schuld aufgewogen wird. Die Ausstellung erscheint sonach als ein einseitiges Geschäft[13]); daß sie als ein solches anzusehen ist, ergibt sich auch aus den nachstehenden Erwägungen und Rechtssätzen:

a) Ein anderer als der ursprüngliche Besitzer kann die Forderung auf Grund des Inhaberpapiers geltend machen, mag er den Besitz wie immer erworben haben; es bedarf also zur Erwerbung der Forderung keines Vertrags. Das Gegentheil geht auch daraus nicht hervor, daß demjenigen, welcher dem Aussteller das Papier entwendet oder der es gefunden oder veruntreut hat, eine exceptio doli entgegensteht; denn eine exceptio setzt doch eine an sich giltige actio, hier also das Bestehen der Gläubigerschaft an sich voraus. In diesem Sinne bestimmt denn auch Pat. v. 28. März 1803 §. 1, daß bei inländischen, auf den Ueberbringer lautenden Staatspapieren „jeder Ueberbringer als der wahre Eigenthümer" angesehen werde.[14])

b) Nach §. 1393 b. G.-B. bedarf es bei der Uebertragung der Forderungen aus Inhaberpapieren „nebst dem Besitze keines anderen Beweises der Abtretung"; und nach §. 371 b. G.-B. ist, wenn Jemand ein Inhaberpapier auf redliche Weise, gleichviel von wem, an sich gebracht hat, die Eigenthumsklage auf dessen Herausgabe gegen diesen Besitzer ausgeschlossen. Das kann nur dahin verstanden werden, daß schon mit dem redlichen Erwerb des Papiers auch der Forderungserwerb verbunden ist, d. h. daß der redliche Erwerber Gläubiger sei, selbst wenn er das Papier nicht von einem Forderungsberechtigten erwarb, sondern etwa aus der Hand desjenigen, der es dem Aussteller entwendet hatte. Diese Erscheinung spricht entschieden dafür, daß die Forderung nicht durch Vertrag entstanden sein kann.

c) Trägt das Papier Zinsen, so beginnt der Lauf derselben nicht erst mit der Ausgabe, sondern schon mit dem Tage der Ausstellung des

11) Daß das Inhaberpapier schon in der Hand des Ausstellers ein Vermögensstück ist, betonen schon Volkmar und Löwy Deutsche W.-O. S. X. Vgl. Geller G.-Z. 1873 Nr. 44 Note 23.

12) Die Forderung ist während seines Besitzes insofern eine ruhende. Volkmar und Löwy S. XV.

13) So Kuntze Inh.-P. S. 375 und Wechselrecht S. 276 (Ausstellung des Papiers ist „Creation" der Forderung), Windscheid §. 304 Note 10, Kirchstetter S. 655, Geller Nr. 42; vgl. Bekker Dogm. Jahrb. XII. S. 12, 14, 46, 47, Siegel S. 110 und die Citate S. 118—128, Unger in Grünhut's Ztschr. I. S. 371; über den Unterschied zwischen Kuntze's und Siegel's Theorie vgl. den Letzteren S. 127, 128. — Dagegen wollen Bekker Jahrb. d. gem. R. I. S. 266 fg. und Volkmar und Löwy S. XII. das Papier selbst für den eigentlichen Gläubiger ansehen (Personificationstheorie; vgl. auch Stein Nr. 72 Note 2); gegen diese Gleichstellung „der Creatur mit dem Creator" Kuntze Wechselr. S. 290.

14) Aehnlich §§. 13, 22 Lottopat. v. 13. März 1813 (Lottoeinlagsscheine) und §. 48 der Statuten der Hyp.-Bank (1856) (Pfandbriefe).

Papiers; ebenso kann auch das Pfandrecht gleich von dem nämlichen Tage an begründet werden[15]), und es kann sich ein Dritter für die Forderung und die Zinsen von diesem Tage an verbürgen. Namentlich der erste der hier genannten Rechtssätze wird sich schwerlich anders als daraus erklären lassen, daß die Forderung schon mit dem Ausstellungstage begründet gewesen, also durch den einseitigen Act des Ausstellers entstanden sei.

d) Das Papier kann von einem Dritten an den Schuldner selbst begeben und von diesem wieder weiter begeben werden. Aber auch während Forderungsrecht und entsprechende Schuld kraft der Begebung des Papiers an den Aussteller in seiner Person zusammengetroffen sind, erlischt das Forderungsrecht nicht[16]); denn der Zinsenlauf wird dadurch nicht unterbrochen, und Pfandrecht oder Bürgschaft, wenn solche vor dem Uebergang des Papiers an den Aussteller bestanden hatten, bleiben gleichfalls aufrecht.[17]) Mit anderen Worten: der Schuldner kann sein eigener Gläubiger werden, ohne daß dadurch die Forderung aufgehoben wird. Dieser nämliche Zustand[18]) besteht aber auch von allem Anfang, von der Ausfertigung des Papiers an[19]); also muß die Forderung wohl durch den einseitigen Act der Ausfertigung entstanden sein.

Was die Erfordernisse dieses Rechtsgeschäfts anbelangt, so muß davon ausgegangen werden, daß sie dieselben sind, wie jene der Rechtsgeschäfte überhaupt. Der Aussteller muß also die Fähigkeit haben, sich zu verpflichten, oder es muß die Zustimmung seiner gesetzlichen Vertretung hinzugekommen sein, und diese soll — um dem Papier Credit zu verschaffen — aus demselben auch ersichtlich sein. Ebenso ist der Wille[20]) wesentlich; um jedoch die Rechtssicherheit nicht zu untergraben, gilt diesfalls die Fiction, daß der Wille in der vorliegenden urkundenmäßigen Erklärung verkörpert sei, daher der Beweis eines von der Erklärung abweichenden Willens nicht zugelassen wird. Genauer: Unzulässig ist die Einwendung, daß das Papier ohne ernstlichen Verpflichtungswillen ausgestellt worden sei, oder daß der Aussteller sich bei dessen Unterfertigung vergriffen habe, oder daß Betrug, Zwang, wesentlicher Irrthum unterlaufen sei, oder daß sich der Aussteller nur unter (nicht erhellenden) Bedingungen oder Zeitbeschränkungen habe verpflichten wollen; derlei That-

15) So bei den östr. Hypothekar-Cassenanweisungen und den Pfandbriefen der Hypothekenbanken. Freilich meint Ihering Dogm. Jahrb. X. S. 491, daß vor der Begebung des Pfandbriefs weder Pfandrecht noch Forderung entstehen, sondern nur eine Gebundenheit der Sache und Person zu Gunsten des erst künftig entstehenden Rechts, eine anticipative „passive Wirkung" des Rechts vorliege.

16) Wenn sonst Forderung und Schuld in einer Person zusammentreffen, erlöschen sie confusione.

17) Auf die verwandte Erscheinung bei den öffentlichen Büchern (§§. 526, 1446 b. G.-B.) haben schon Volkmar und Löwy S. XIV. hingewiesen.

18) Nämlich, daß der Aussteller Schuldner und (kraft des Umstandes, daß er der erste Besitzer des ausgestellten Papiers ist) zugleich Gläubiger aus dem Inhaberpapier ist.

19) Ehe dasselbe noch ausgegeben ist.

20) Er bildet ja überhaupt die regelmäßige Grundlage privatrechtlicher Verhältnisse. Volkmar und Löwy S. XV.

sachen begründen nur[21]) Exceptionen gegenüber dem unmittelbaren Nehmer des Papiers, nicht auch gegenüber dem dritten Erwerber. — Was die Erklärung und deren Erfordernisse betrifft, so liegt sie in dem Papier selbst. Regelmäßig soll sie unterschrieben sein; liegt aber der Beweis vor, daß man auch ohne Unterschrift haften zu wollen erklärt habe, dann ist die Unterschrift nicht nothwendig. Wesentlich ist aber, daß die Erklärung echt sei; eine unechte Erklärung ist eben keine Erklärung; daß endlich der Inhalt der Erklärung möglich und erlaubt sein muß, folgt aus allgemeinen Grundsätzen.

Selbstverständlich ist sowohl die Errichtung einer Inhaberpapierobligation wie deren Erwerbung auch durch Stellvertreter möglich und es gelten darüber die allgemeinen Grundsätze von der Stellvertretung. Der das Papier in fremdem Namen ausstellende Stellvertreter muß diese seine Eigenschaft in dem Papier[22]) ersichtlich machen. Die Giltigkeit der Urkunde und der in ihr verkörperten Forderung ist abhängig von der Existenz des Repräsentationsverhältnisses. Besteht dieses nicht, dann ist weder der angeblich Vertretene, noch der angebliche Stellvertreter aus dem Papier verpflichtet, wohl aber haftet der letztere, weil in culpa befindlich, für den erwachsenden Schaden (§. 1009). Die Erwerbung einer Inhaberpapierforderung durch einen Stellvertreter geschieht dadurch, daß dieser mit dem Willen, für den Vertreter zu erwerben, das Papier in seinen Gewahrsam bringt; dadurch wird er nicht selbst Gläubiger, da er nicht Besitzer, sondern nur Inhaber ist; seine Inhabung genügt aber allerdings auch zur Legitimation gegenüber dem Schuldner.[23])

Der Inhalt der Forderung aus einem Inhaberpapier wird im Zweifel durch den Inhalt der Urkunde, ausnahmsweise[24]) auch durch Kundmachungen bestimmt, welche diesen Inhalt der Urkunde näher bestimmen und erläutern. Auch wenn das Papier auf eine Geldsumme lautet, beweist es, trotzdem es regelmäßig die causa nicht anzugeben pflegt[25]), den Bestand der Schuld. Doch ist aus dem Mangel der Angabe der causa keineswegs zu schließen[26]), daß hier die Obligation ohne causa bestehe. Eine causa ist vielmehr auch hier vorhanden, nur pflegt sie außerhalb des in dem Papier zum Ausdruck gelangenden Forderungsverhält-

---

21) Der Beweis wird weiter unten (§. 334) erbracht.

22) Ganz so, wie bei der Ausstellung einer anderen Urkunde.

23) Der Besitzer kann somit einen Dritten zur Geltendmachung der Forderung einfach durch Aushändigung des Papiers ermächtigen. Nur kann der Schuldner einem Ueberbringer, der sich als Stellvertreter eines Anderen gerirt, alle ihm gegen den Letzteren zustehenden Einwendungen entgegensetzen. A. A. Siegel S. 113 Note 7, da er den Gläubiger nicht durch den Besitz, sondern durch die Detention des Papiers bestimmt sein läßt. — Ueber Verpfändung von Inhaberpapieren vgl. Gerber §. 160, Entsch. G.-Z. 1852 Nr. 87 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 107], betreffend ein Sparkassenbuch, und H.-G.-B. Art. 307.

24) So z. B. bei Eisenbahnbillets.

25) Die Regel, daß Urkunden die causa debendi enthalten müssen, gilt nur für Beweisdocumente, nicht für Dispositivurkunden.

26) Wie doch freilich nicht selten geschehen ist.

nisses zu stehen, indem — und es ist dies eine der merkwürdigsten Erscheinungen bei der Inhaberpapierobligation[27]) — regelmäßig das zwischen dem Gläubiger und Schuldner mit einer bestimmten causa bestehende Rechtsverhältniß durch Ausstellung des Inhaberpapiers in zwei Verhältnisse aufgelöst wird, nämlich in das in dem Inhaberpapier ausgedrückte Schuldverhältniß, und in ein separates, aus den übrigen Elementen des ursprünglichen Verhältnisses gebildetes Rechtsverhältniß, in welch' letzterem auch die causa hervortritt.[28]) Wird z. B. über einen zweiseitig verbindlichen Vertrag ein Inhaberpapier[29]) ausgestellt, so besteht neben der Verbindlichkeit zu der dem Inhalt des Papiers entsprechenden Leistung vorerst noch der besondere Anspruch des Ausstellers, daß die Forderung aus dem Papier nicht geltend gemacht werde, bevor die noch ausstehende Gegenleistung erfolgt ist. Dieses letztere Verhältniß ist nicht als ein Theil des durch die Ausstellung des Papiers geschaffenen Rechtsverhältnisses zu betrachten, da es dessen rechtliche Schicksale nicht theilt. Dies ergibt sich namentlich aus folgender Erscheinung: Wird die Forderung aus dem Papier an einen Anderen übertragen, so bleibt die aus dem separaten Rechtsverhältniß erwachsende Verbindlichkeit gleichwohl bei demjenigen zurück, für den sie entstanden war[30]); sie kann daher dem nunmehrigen Gläubiger nicht excipiendo entgegengesetzt werden, während sie gegen den ersten unverändert fortbesteht. Darauf beruht der bei Inhaberpapieren geltende Grundsatz, daß Einreden aus der Person des früheren Inhabers späteren Inhabern nicht entgegenstehen. Aehnliche Zerlegungen eines scheinbar einheitlichen Rechtsverhältnisses in mehrere finden sich auch anderwärts und nur so erklären sich gewisse merkwürdige Erscheinungen. So bestehen in der Regel bei einer Pachtung zwei auf einander wirkende, gleichwohl aber als selbständige aufzufassende Rechtsverhältnisse zwischen dem Verpachter und dem Pachter: der erstere steht einmal als Eigenthümer des Pachtstückes dem Pachter als Inhaber gegenüber und danach hat er selbstverständlich gegen diesen die Eigenthumsklage; sodann aber besteht zwischen denselben Personen auch das contractliche Verhältniß aus dem Pachtvertrag. Kraft des ersteren Verhältnisses hat der Verpachter (Eigenthümer) gegen den Pachter (Inhaber) den Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks, vermöge des letzteren der Pachter eine diesem Anspruch entgegenstehende dilatorische Einrede. Ueberträgt aber der Verpachter-Eigenthümer sein Eigenthum auf einen Dritten, dann steht der Eigenthumsklage dieses Letzteren die erwähnte Einrede nicht mehr entgegen, und der Pachter

---

27) Keineswegs aber ihnen eigenthümlich; s. weiter unten im Text.

28) Erst hiedurch, daß die Inhaberpapierforderung selbst keinen anderen Inhalt hat, als der im Papier ausgedrückt ist (die „Parcellirung", Kuntze), wird es möglich, Inhaberpapiere in so einfacher Weise übertragen zu lassen, wie dies weiter unten (§. 334) dargestellt werden wird.

29) Z. B. über eine Actiensubscription eine Actie auf den Ueberbringer.

30) In dem Beispiel der vorigen Note also bei dem Subscribenten. In diesem Sinne entscheidet Erk. G.-H. 1867 Nr. 57 [= Sammlung V. Nr. 2381], daß der in einem Versatzamt versetzende Schuldner, wenn der Erlös des Pfandes den Schuldbetrag nicht deckt, das Fehlende (§. 464 b. G.-B.) nachzahlen müsse.

muß somit dem Kläger weichen.[31]) Das erklärt sich ganz einfach daraus, daß die Verbindlichkeit, den Pachter zu dulden, bei dem früheren Eigenthümer als Verpachter zurückgeblieben ist, den neuen Eigenthümer als solchen aber nicht angeht. So ist auch der aus dem Inhaberpapier nicht ersichtliche Theil der Verabredung darum, weil er aus dem Papier nicht erhellt, keineswegs beseitigt[32]), sondern bildet den Stoff eines zweiten abgesonderten Rechtsverhältnisses, und kann dem unmittelbaren Contrahenten nach Umständen als Exception entgegengesetzt werden. Damit erledigt sich zugleich die Streitfrage, ob §. 887 b. G.-B. auch auf Inhaberpapiere zur Anwendung zu kommen habe, von selbst in verneinendem Sinne.

Durch das Inhaberpapier soll die einfachste Legitimation zur Geltendmachung der damit verbundenen Forderung hergestellt werden, indem dem Besitzer (anders als bei gewöhnlichen Forderungen) nicht zugemuthet wird, nebst dem Besitze der Schuldurkunde auch noch die rechtliche Uebertragung der Forderung an seine Vormänner nachzuweisen (§. 1393). Diesem Princip wäre es entgegen, wenn dem redlichen Erwerber des Papiers von dem Aussteller eingewendet werden könnte, Letzterer habe gar nicht den Willen gehabt, sich durch die Ausstellung des Papiers rechtlich zu binden.[33]) Vielmehr ist anzunehmen, daß er dem redlichen Erwerber des Papiers unbedingt verpflichtet sein wolle, und sich nur vorbehalte, gegen den unredlichen Erwerber seine Ersatzansprüche geltend zu machen. Daraus ergibt sich aber der oben schon angedeutete, für Inhaberpapiere[34]) charakteristische Satz, daß bei denselben ein von der vorliegenden Erklärung abweichender Wille nicht angenommen werden darf.[35]) Dieses Ergebniß findet seine Bestätigung auch im §. 371 b. G.-B. Denn daraus, daß er gegen den redlichen Erwerber eines Inhaberpapiers die Eigenthumsklage schlechthin ausschließt, folgt ja, daß auch der Aussteller als erster Eigenthümer unter den Umständen dieses Paragraphen eine Eigenthumsklage nicht habe, d. h. daß er den redlichen Erwerber zu befriedigen ohne weiteres verpflichtet sei.

---

31) „Kauf bricht Miethe." §. 1120 b. G.-B.

32) Obligationen, die in solcher Weise von ihrer materiellen Causa losgelöst sind, pflegt man abstracte Obligationen zu nennen.

33) Er kann also nicht einwenden, daß er das Papier nur scherzweise oder zum Schein ausgestellt habe, sich bei der Unterschrift, die Urkunde verwechselnd, vergriffen habe, daß er durch Zwang oder Betrug zur Unterfertigung oder Herausgabe veranlaßt, daß ihm das fertige Papier entwendet worden sei, daß er sich nur unter (dem Besitzer nicht bekannten) Beschränkungen verpflichten wollte u. dgl.

34) Und überhaupt für Dispositivurkunden.

35) Eben darauf beruht es auch, daß Modificationen der Inhaberpapier-Forderung hinsichtlich der Zeit, der Art, des Ortes der Erfüllung, hinsichtlich der Nebenverbindlichkeiten u. s. w. nur durch deren Aufnahme in den Inhalt des Papiers bewirkt werden können; fehlt diese, so wird durch derartige Verabredungen nur ein zwischen den unmittelbaren Contrahenten wirksames Rechtsverhältniß geschaffen. Auch muß die Inhaltsänderung von dem herrühren, gegen den darauf ein Anspruch gebaut wird; von einem Andern bewirkt, ist sie eine Fälschung des Papiers und daher unwirksam gegen den Schuldner. Vgl. unten §. 334.

2) Die Ausstellung eines Ordrepapiers. Darunter versteht man ein Papier, in welchem der Aussteller die Leistung ebenfalls nur dem Besitzer des Papiers, jedoch nicht jedem, sondern nur demjenigen verspricht, der eine äußerlich unbedenkliche Legitimation seines Besitzes nachweist.[36]) Diese Legitimation[37]) besteht darin, daß der Besitzer in der Urkunde auch als Eincassirungsberechtigter bezeichnet ist — entweder schon durch den ursprünglichen Inhalt des Papiers, oder durch ein damit zusammenhängendes, später darauf gesetztes Uebertragungscertificat, das Indossament. Der inneren Legitimation durch Nachweis der Echtheit des Indossaments, oder der persönlichen Fähigkeit des Unterzeichners desselben bedarf es auch hier ebensowenig, als des Nachweises der sonstigen materiellen Erfordernisse der Uebertragung[38]); dagegen zerstört eine Lücke oder ein sonstiger in die Augen fallender Mangel bei der Uebertragung die Legitimation. Zu den Ordrepapieren[39]) gehören vor allem die Wechsel, die kaufmännischen Anweisungen, die auf Namen lautenden Pfandbriefe der Nationalbank, regelmäßig die Grundentlastungsobligationen, die Conossemente der Seeschiffer, die Ladescheine der Frachtführer, die Lagerscheine der öffentlichen Lagerhäuser, die Bodmereibriefe u. s. w.[40]) Auch von ihnen gelten die meisten Grundsätze der Inhaberpapiere; insbesondere sind auch sie Dispositivurkunden[41]) und zwar über einseitige Rechtsgeschäfte.[42])

§. 327. Entstehung von Obligationen aus anderweitigen Rechtsgründen (ex variis causarum figuris).[1])

Andere juristische Thatsachen, aus welchen Forderungen entstehen können (variae causarum figurae), sind entweder gewisse Handlungen

---

36) Vgl. Beseler Syst. 2. Aufl. §. 236, Hahn Comm. II. S. 92—102, Biener Wechselr. Abh. S. 123, 321 Note 3, Stein Nr. 71, 72, welch' letzterer nur einen rein äußerlichen Unterschied zwischen Inhaber- und Ordrepapier finden will: das Ordrepapier werde durch Blancoindossament zum Inhaberpapier, das Inhaberpapier durch Vinculirung zum Ordrepapier.

37) Die Art derselben muß fest bestimmt sein.

38) Der Schuldner verspricht eben darum die Zahlung jedem äußerlich legitimirten Besitzer des Papiers, weil er auch rücksichtlich dieser zum Umlauf bestimmten Papiere der Schwierigkeit der Legitimationsprüfung enthoben sein will.

39) Für manche derselben schreibt das Gesetz eine bestimmte Form vor. So für Wechsel Art. 4, 96 W.-O., für Lagerscheine §. 10 Min.-Vdg. v. 19. Juni 1866; doch erachtet Randa G.-H. 1867 Nr. 49 die Einhaltung der letzteren Form nicht für eine Bedingung der Giltigkeit.

40) Eingeführt durch Min.-Vdg. v. 19. Juni 1866 Nr. 86. Darüber Randa G.-H. 1867 Nr. 47—50.

41) Manchen dieser Papiere (Wechsel, Pfandbriefe, Grundentlastungsobligationen) klebt die Eigenschaft eines Ordrepapiers gesetzlich an; andere erlangen sie erst dadurch, daß sie ausdrücklich „an Ordre" gestellt werden. Besondere Beschränkungen der persönlichen Fähigkeit zur Ausstellung von Ordrepapieren bestehen in Oesterreich nicht.

41) Volkmar und Löwy S. XIV.

42) Näheres gehört ins Handels- und Wechselrecht, da diese Papiere durchwegs Handelspapiere sind.

1) Vgl. Savigny Obl.-R. II. §. 85.

einer Person[2]), oder es sind bloße Zustände[3]), oder auch andere Thatsachen.[4]) Das G.-B. bezeichnet in diesen Fällen „das Gesetz“ als die Quelle der Obligation (§§. 859, 307); allein das Gesetz ist hier ebensowenig selbst der Entstehungsgrund, wie bei Verträgen und Delicten, und es soll also damit nur negirt werden, daß die fraglichen Forderungen aus einer der beiden letztgenannten Quellen entspringen.[5]) Ein besonderes Capitel wird diesen Obligationen im G.-B. nicht gewidmet, sondern es erscheinen (§. 860) die Fälle, in denen Forderungen dieser Art entstehen, „an den gehörigen Orten“ angegeben.

Als eigenthümliche Entstehungsgründe von allgemeiner Natur sind hier zu nennen: Ersitzung, Verschweigung und Intabulation.

1) Es gibt nach östr. Recht (vgl. oben I. S. 464 fg.) einerseits Forderungen, die zwar Gegenstand des Besitzes, darum aber noch keineswegs auch Gegenstand der Ersitzung sind, und andererseits auch solche, die durch fortdauernden Besitz im Wege der Ersitzung zur Entstehung gelangen können. Zu den letzteren gehören die Reallasten und die auf Grund und Boden radicirten Forderungsrechte auf ein Dulden oder Unterlassen[6]) — durchgängig Forderungsrechte, die sich dadurch charakterisiren, daß nicht eine bestimmte Person, sondern Jeder, der mit Grund und Boden durch Besitz oder in gewisser anderer Art in Beziehung tritt, Subject der diesbezüglichen Verpflichtung wird. Bei solchen Rechten gilt nach deutschem Recht unvordenklicher Besitz als ein Entstehungsgrund derselben; das östr. Recht, welches der unvordenklichen Zeit regelmäßig die Ersitzung substituirt hat, läßt sie, da sie Gegenstand des Besitzes sind (§§. 312, 313), durch Ersitzung entstehen. Die Ersitzungszeit ist die nämliche, wie bei den Servituten, d. h. 30 (und gegen juristische Personen 40) Jahre (§§. 1470, 1472). Ist aber das radicirte Forderungsrecht von der Art, daß es in diesem Zeitraume nicht wenigstens dreimal ausgeübt werden konnte[7]), dann verlängert sich der Zeitraum bis dahin, da von drei Gelegenheiten zur Ausübung des Rechtes Gebrauch gemacht werden konnte, und es muß das Recht auch bei allen Gelegenheiten ausgeübt worden sein (§. 1471).

2) Wird ein Recht dieser Art, ohne daß ein giltiger Titel vorliegt[8]), in das öffentliche Buch eingetragen, so wird es zwar auch durch diese Eintragung noch nicht zur Existenz gebracht; wenn aber der Grundeigenthümer nicht auf Löschung klagt, so erwächst das eingetragene Recht durch die Verjährung der Löschungsklage zu einem zu Recht bestehenden (G.-B.-G.

2) Z. B. Geschäftsführung ohne Auftrag, nützliche Verwendung, Erbantretung. Vgl. oben §. 312 Note 5 und dazu auch Savigny Obl.-R. II. S. 331.

3) Wie z. B. grundlose Bereicherung, Gemeinschaft, Nachbarschaft, Verwandtschaft u. dgl.

4) Z. B. die Ersitzung.

5) Vgl. oben §. 312, Note 2.

6) Die sog. privatrechtlichen Monopole, wie z. B. Jagd- und Fischereirecht, Propinationsrecht u. dgl. Vgl. Randa in Haimerl's Vierteljschr. XI. S. 18.

7) Z. B. das Recht auf einen Beitrag zu den Herstellungskosten einer Brücke, das Patronatsrecht u. dgl., wo dies sehr leicht zutreffen kann.

8) Er kann insbesondere fehlen, wenn der das Recht Einräumende minderjährig ist.

§. 62). Das Nämliche gilt auch dann, wenn dem intabulirten Rechte zwar nicht der Titel, wohl aber die Berechtigung des Auctors fehlt, und der Erwerber entweder in mala fide ist, oder derjenige, gegen den der Auctor die ungiltige Intabulation erwirkt hat, von derselben nicht ordnungsmäßig verständigt wurde; auch hier erwächst das intabulirte (Nicht-) Recht durch die Verjährung der Löschungsklage, und zwar in dem zuletzt genannten Falle[9]) schon nach 3 Jahren zum wirklichen Rechte (§. 64 G.-B.-G.). Ein Fall wirklicher Verjährung ist das übrigens nicht[10]); vielmehr enthält er eine (deutschrechtliche) Verschweigung.

3) Wo endlich der Intabulation zwar das Recht ihres Auctors fehlt, der Intabulirte aber im Vertrauen auf das öffentliche Buch handelte und auch die ordnungsmäßige Verständigung des durch die Intabulation Beschwerten nicht fehlt, da erzeugt schon die Intabulation selbst und sofort ein wirkliches Recht, — es sei denn, daß sie noch innerhalb der gegen die Intabulation des Auctors offen stehenden Recursfrist erfolgt wäre, und der Recursberechtigte innerhalb dieser Frist die Streitanmerkung erwirkt und binnen weiteren 60 Tagen die Löschungsklage überreicht hatte (§. 63 G.-B.-G.). Dadurch ist zugleich die Bestimmung des §. 1469 b. G.-B., wonach auch in diesem Falle die Löschungsklage durch volle 3 Jahre wirksam erhoben werden konnte, beseitigt.

§. 332. Die Umschreibung vinculirter Forderungen.

In der allgemeinen Lehre von den Rechten (oben I. §. 49) wurde eine Reihe von Rechtsverhältnissen genannt, welche sich dadurch kennzeichnen, daß sie activ oder passiv an einen gewissen fortdauernden Zustand derartig gebunden sind, daß nur derjenige, der sich in diesem Zustande befindet, (actives oder passives) Subject des Rechtsverhältnisses wird. Forderungen dieser Art (vinculirte Forderungen) werden also nur dadurch übertragen, daß eine andere Person in den bezüglichen Zustand eintritt. Unter den allgemeinen[1]) hieher gehörigen Uebertragungsformen ist vor allem näher zu betrachten die Umschreibung.

Die Umschreibung, d. h. die grundbücherliche Ueberschreibung eines im öffentlichen Buche eingetragenen Rechtes auf den Namen eines Anderen ist die Uebertragungsform für alle bücherlich eingetragenen Forderungen, mag deren Eintragung zum Zwecke der pfandrechtlichen Sicherstellung oder, wie bei den sog. auf Grund und Boden radicirten Rechten, lediglich zum Zwecke ihrer Wirksammachung gegen jeden Besitzer des Grundstücks erfolgt sein. Es ist eben bei ihnen, wie bei den bücherlichen Rechten überhaupt, das gesetzmäßige Eingetragensein der für ihre Zuständigkeit

9) Nämlich beim Mangel ordnungsmäßiger Verständigung.

10) Denn durch Verjährung werden nur Rechte verloren, nicht Rechte erworben.

1) Von einzelnen dieser Verhältnisse und ihren Uebertragungsformen wird bei den betreffenden Instituten, mit denen sie zusammenhängen und im speciellen Theile des Obligationenrechts gehandelt werden.

maßgebende Zustand, und daher die Eintragung des neuen Erwerbers (bei pfandrechtlich sichergestellten Forderungen Satzumschreibung genannt) die einzige Uebertragungsart (§§. 4, 9 G.-B.-G.). Cession und Erbgang bewirken diese Uebertragung nicht, sie gewähren nur die Berechtigung, die Umschreibung zu verlangen, sind also nur Intabulationstitel.[2]) Daraus folgt, daß wenn dieselbe ganze, bücherlich eingetragene Forderung vom Gläubiger an verschiedene Personen cedirt worden wäre, dieselbe demjenigen zusteht, der zuerst die Umschreibung auf seinen Namen erwirkt hat (§§. 440, 445).

Daß das Gesagte für die im öffentlichen Buche eingetragenen Reallasten, Bannrechte und andere auf Grund und Boden radicirte Rechte gilt, wird ziemlich allgemein zugegeben; bestritten wird es aber für die hypothecirten Forderungen, weil im Falle der hypothekarischen Sicherstellung einer Forderung wohl das Pfandrecht, nicht aber die Forderung ein „bücherliches Recht" sei, und daher nur auf das erstere die Grundsätze von den bücherlichen Rechten zur Anwendung zu kommen hätten. Allein das Pfandrecht ist von der Forderung, die es deckt, begrifflich untrennbar; sie würden aber factisch verschiedenen Personen zustehen, wenn die Forderung durch Cession, das Pfandrecht aber erst durch Satzumschreibung übertragen werden könnte. So muß denn die Satzumschreibung auch für die Forderung Uebertragungsart werden, — ein Satz, der seine Bestätigung auch findet in §. 177 Pat. v. 9. Aug. 1854 und schon im Hofd. v. 12. Aug. 1825 (J.-G.-S. Nr. 2125).[3]) Und zwar kann die Uebertragung der Hypothekarforderung nicht nur im Ganzen, sondern auch hinsichtlich jedes beliebigen, nach Quoten oder ziffermäßig bestimmten Theiles erfolgen (§. 14 G.-B.-G.).[4])

Durch die Satzumschreibung geht die Forderung mit allen Nebenrechten und Privilegien, sowie mit der bisherigen Priorität an den neuen Gläubiger über. Aber auch schon vor der Intabulation ist der Cessionar zur Ausübung der Forderung, insbesondere zu ihrer klagweisen Verfolgung berechtigt, da die Cession auch in diesem Stadium doch wenigstens als Ermächtigung, die Forderung geltend zu machen und das Empfangene zu behalten (als mandatum agendi in rem suam) angesehen werden muß.[5]) Und da hienach ein solcher Cessionar als Stellvertreter des Cedenten erscheint, so kann er, trotzdem er nicht intabulirt ist, unbedenklich auch eine wirksame Löschungserklärung ausstellen (§. 22 G.-B.-G.).

Von den Beschränkungen der Forderung[6]) wirken gegen den intabulirten Cessionar im Allgemeinen nur die im öffentlichen Buche ersichtlichen.

---

2) Das gilt auch von der Zahlung des Bürgen. §. 1358.

3) Beide Gesetze bezeichnen als Wirkung der Satzumschreibung den Uebergang „des Eigenthums" der hypothekarisch versicherten Forderung.

4) Nicht intabulirbar ist aber die Cession eines unbestimmten, erst durch nachträgliche Thatsachen bestimmbaren Antheils der Forderung: Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 85 [= Schimkowsky I. Nr. 54].

5) Es liegt also da ein sog. Conversionsfall vor. Und ohne Zweifel kann auch in diesem Falle der benachrichtigte Cessus dem Cedenten nicht mehr wirksam zahlen.

6) Afterhypotheken, Bedingungen, Zeitbeschränkungen u. s. w.

Das Gleiche gilt auch von den Einwendungen; nur muß sich der Cessionar außer den aus den öffentlichen Büchern ersichtlichen auch noch jene gefallen lassen, die ihm zur Zeit der Errichtung der Cession[7]) sonst bekannt waren[8]), da er ja nur in seinem Vertrauen auf das öffentliche Buch nicht getäuscht werden soll. Dies gilt insbesondere von der Einwendung der Verjährung (§. 1500 b. G.=B., Hofd. v. 27. März 1846, J.=G.=S. Nr. 951), der Compensation (§. 1443), der Zahlung oder sonstigen Schuldtilgung (§. 469) u. s. w. Macht jedoch der Cessionar die Forderung noch vor der Intabulation geltend, so muß er sich als Stellvertreter des Cedenten alle diesem entgegenstehenden Einwendungen[9]) gefallen lassen.[10])

Hat der Cessionar die Satzumschreibung erwirkt, so kann der Cessus, selbst wenn er von der Cession nicht verständigt worden ist, an den Cedenten nicht mehr wirksam zahlen oder sich mit ihm abfinden[11]), denn

---

7) Auf diesen Zeitpunkt, nicht auf den der Intabulation kommt es an; denn nur jener Cessionar handelt dolos, welcher eine intabulirte Forderung an sich bringt, obwohl er bereits weiß, daß sie getilgt ist, nicht auch jener, welcher erst nach der Cession Kenntniß von der Tilgung erlangt, und nun, um nicht zu Schaden zu kommen, sich beeilt, deren Intabulation zu erwirken. Das ist auch offenbar der Sinn des §. 1443 v. „bei Uebernehmung der letzteren bekannt..", und §. 1500 v. „ein Recht an sich gebracht hat"; nur das Cessionsgeschäft, nicht die Intabulation wird im Vertrauen auf das öffentliche Buch vorgenommen.

8) Das gilt auch von den aus dem gerichtlichen Verfahren hervorgehenden Beschränkungen; ist also gegen den Cedenten der Bescheid, betreffend die Feilbietung des Hypothekargutes sammt den Licitationsbedingungen einmal rechtskräftig, so kann er von dem Cessionar nicht mehr angefochten werden: Entsch. G.=Z. 1872 Nr. 21 [= Sammlung X. Nr. 4449].

9) Nämlich die bis zur Denuntiation erwachsenen. — Dagegen kann der Cessus diesem Cessionar unbedenklich auch eine Gegenforderung compensando entgegensetzen, die er unmittelbar gegen ihn hat, obwohl dieser Cessionar nicht sein wahrer Gläubiger ist: denn die Compensation ist nur eine abgekürzte Befriedigung.

10) Selbst dem intabulirten Cessionar können in eventum, d. h. für den Fall, daß die Hypothek sich zur Bedeckung der Schuld nicht ausreichend erweist, alle gegen den Cedenten bestehenden Einwendungen entgegengesetzt werden; denn der unbedeckte Theil der Forderung steht einer nicht intabulirten gleich: Entsch. G.=Z. 1863 Nr. 157, 1865 Nr. 30 [= Sammlung IV. Nr. 1782, 2021].

11) Dagegen scheinen zu sprechen §§. 1395, 1396, 455 b. G.=B., §§. 315, 316 a. G.=O. Allein man käme damit zu dem absurden Ergebniß, daß eine nach der Intabulation, aber vor der Denuntitaion an den Cedenten (der schon nicht mehr Gläubiger ist) geschehene Zahlung dem Cessionar wirksam entgegengestellt werden könnte, während unzweifelhaft eine vor der Cession erfolgte Zahlung, obwohl sie an den wirklichen Gläubiger erfolgte, dem intabulirten redlichen Cessionar nicht entgegengehalten werden kann, und dieser Zahlung auch eine Zahlung oder Abfindung gleichsteht, die nach der Cession aber vor deren Intabulation an den Cedenten erfolgte, da es auch hier nach §. 440 lediglich auf die Priorität des Intabulationsansuchens, d. i. darauf ankommt, ob zuerst der Schuldner um die Löschung oder der Cessionar um die Umschreibung ansucht: Entsch. G.=Z. 1861 Nr. 109 [fehlt in den Sammlungen]. (Ein Schutzmittel gegen Betrug bietet §. 1428, indem der Schuldner ohne Ausfolgung des Schuldscheins gar nicht zu zahlen verpflichtet ist). Auch die ratio der §§. 1395, 1396 — Berücksichtigung der schuldlosen Unwissenheit des Cessus — fällt hier weg, denn der Cessus kann aus dem öffentlichen Buche erfahren, wer sein Gläubiger ist. Diese Paragraphen haben eben nur den Fall der Cession, nicht den der

mit der Unkenntniß bücherlicher Einträge kann sich Niemand entschuldigen. Der §. 1395 gilt also in diesem Falle nicht, die Denuntiation wird ersetzt durch die Publicität des öffentlichen Buches. Doch hat die Grundbuchsbehörde dafür zu sorgen, daß der Eigenthümer des Gutes, auf dem die Forderung intabulirt ist, von der vollzogenen Satzumschreibung verständigt werde (§. 123 Nr. 3 G.-B.-G.).

Das Eingetragensein, an welches die bücherliche Forderung gebunden ist, muß auch hier ein gesetzmäßiges sein, d. h. es muß auf einem giltigen Intabulationstitel und dem Rechte des Vormannes — des Tabularauctors — beruhen. Fehlt der Umschreibung eines oder das andere dieser Erfordernisse, so geht die Forderung auf den Umschriebenen nicht über; dieselbe bleibt noch immer eine Forderung des bisher Eingetragenen, da sein Eingetragensein durch die spätere ungiltige Eintragung weder rechtlich noch factisch beseitigt worden ist, und er kann daher auf Löschung des neu Eingetragenen klagen (§§. 62—64 G.-B.-G.). Beide Erfordernisse aber[12]) können durch eine gewisse Zeitdauer des factischen Eingetragenseins (Verschweigung), das zweitgenannte auch durch das Vertrauen auf das öffentliche Buch ersetzt werden, so daß dann das Eingetragensein gleichfalls als ein gesetzmäßiges erscheint und die Uebertragung der Forderung im Gefolge hat. Auch hier gilt nämlich die Bestimmung des G.-B.-G. (§. 62), daß im Falle der Umschreibung ohne giltigen Intabulationstitel die Löschungsklage in der gewöhnlichen Zeitfrist verjährt, so daß die ungiltig gewesene Satzumschreibung zur giltigen wird; das Gleiche gilt auch dann, wenn nur das Recht des Auctors fehlt, es sei denn, daß in diesem Falle der neue Erwerber im Vertrauen auf das öffentliche Buch gehandelt hat, und die Satzumschreibung nach Ablauf der gegen die Intabulation des Auctors offen gestandenen Recursfrist, oder zwar während derselben erwirkt hat, ohne daß von dem Recursberechtigten innerhalb derselben die Streitanmerkung erwirkt worden wäre (§§. 63, 64 G.-B.-G.).

§. 333. Die Eigenthumsübertragung eines Gutes mit Realrechten als Uebergangsform vinculirter Forderungen.

Außer den dem Sachenrecht angehörenden Prädialservituten gibt es auch Forderungsrechte, welche mit einem Gute[1]) derartig in Verbindung

---

Satzumschreibung im Auge. Unter der „Benachrichtigung" des §. 455 ist aber (arg. §§. 443, 468, 527) auch die durch die Intabulation zu verstehen, §§. 315, 316 a. G.-O. aber haben gegenüber dem neueren b. G.-B. kein Gewicht mehr.

12) Der giltige Titel, wie das Recht des Auctors.

1) Es gibt auch Fälle, in denen ein Recht an ein gewisses Amt (z. B. das Zehentrecht an das Pfarramt, gewisse Giebigkeiten an ein Hofamt) gebunden ist (Gerber §. 169 a. E.). Hier knüpft sich aber an den Erwerb des Amtes keineswegs der Erwerb des fraglichen Rechtes selbst, sondern nur der des Fruchtgenusses an demselben. Daher kommt es, daß der Pfarrer auf das Zehentrecht so nicht verzichten kann, daß auch sein Nachfolger durch den Verzicht gebunden wäre.

stehen, daß sie mit der Eigenthumsübertragung des Gutes ipso jure an den neuen Eigenthümer übergehen (Realrechte).[2]) Dahin gehören manche Reallasten, die privatrechtlichen Monopole (Jagd-, Fischerei-, Propriationsrecht u. s. w.), das Patronatsrecht, auch die sog. Nachbarrechte.[3]) Diese Rechte hat das b. G.-B. im §. 442 im Auge.

Da diese Rechte Accessorien des Gutseigenthums[4]) sind, und daher von den Schicksalen desselben, namentlich dessen Uebertragung und Belastung ipso jure mit ergriffen werden, so werden sie vom b. G.-B. (§. 298), in Uebereinstimmung mit deutschrechtlichen Anschauungen, zum unbeweglichen Vermögen gerechnet; incorrect ist jedoch der vom G.-B. gebrauchte Ausdruck, daß sie mit dem „Besitze" einer unbeweglichen Sache verbunden seien; der bloße Besitzer der Sache ist sicherlich nicht berechtigt, auf ein Realrecht wirksam zu verzichten; wohl aber muß dem Besitze die Wirkung zuerkannt werden, daß die an den Besitzer geschehene Leistung den Schuldner befreit (§§. 330 [Civilfrüchte], 323, 315).[5])

Die Regel, daß die Eigenthumsübertragung des Gutes auch Uebertragung der mit demselben verbundenen Realrechte wirkt, gilt auch für intabulirte Realrechte, so daß nicht erst deren Umschreibung auf den Namen des neuen Eigenthümers erforderlich ist; da nämlich die Intabulation der Realrechte nicht auf den Namen einer bestimmten Person, sondern zu Gunsten des Gutes erfolgt, mit welchem sie activ verbunden sind, so sind sie von vornherein für den jeweiligen Eigenthümer eingetragen, und es bedarf daher bei einer Veränderung seiner Person nicht erst der Umschreibung. Und auch dann findet der Uebergang des Realrechts an jeden Grundeigenthümer statt, wenn zur Ausübung dieses Realrechts[6]) eine gewisse persönliche Eigenschaft des Berechtigten erforderlich ist, die diesem Gutseigenthümer fehlt; der Mangel derselben hat nur die Wirkung, daß das Recht, so lange dieser Mangel besteht, entweder überhaupt nicht[7]), oder nicht persönlich von dem Eigenthümer[8]) ausgeübt werden kann.

Eine andere Uebertragung als durch Erlangung des Gutseigenthums

---

2) Unger I. S. 568, 572, 573.

3) So der Anspruch auf Grenzregulierung (§§. 850—853), auf Herstellung und Erhaltung von Scheidewänden (§§. 854—858), auf Cautionsleistung wegen drohenden Einsturzes einer fremden Sache (§. 343), auf Gestattung der Ausbringung von Waldproducten und der Holztrift über fremden Grund und Boden (Forstges. 3. December 1852, §§. 24, 26).

4) Hat der Besitzer das Gut wegen mangelnden Eigenthums des Vormannes nicht erworben, so hat er auch das Realrecht nicht erworben, aber nicht etwa darum, weil es dem Vormanne nicht zustand, sondern darum, weil er nicht Gutseigenthümer geworden ist. Es knüpft sich eben an das Gutseigenthum auch das Realrecht.

5) Vgl. auch §§. 340—343, 853.

6) So bei gewissen Gewerben, beim Patronats- oder Vogteirecht.

7) So „ruhen" Patronats-, Vogtei- und Schulpräsentationsrecht, wenn der Erwerber des Gutes Jude ist. Kais. Vdg. 18. Febr. 1860 Nr. 44, 45 R.-G.-B. Unger 578, 579.

8) Gewerbe-O. 20. Dec. 1859 §. 58: Ein Realgewerbe kann von dem Eigenthümer des Hauses, wenn er die gesetzliche Eignung zur Ausübung des Gewerbes nicht hat, nur durch einen Stellvertreter oder Pachter betrieben werden.

ist bei diesen Rechten, so lange sie Realrechte sind, ausgeschlossen[9]); darum gelangen sie auch in Erbfällen nicht an den Erben, wenn dieser nicht zugleich das Gut selbst überkommt, sondern an den Legatar, dem dasselbe zufällt (vgl. §. 686). Ob sie von dem Gute getrennt[10]) und dadurch anderen Uebertragungsformen zugänglich gemacht werden können, ist in diesem Zusammenhange nicht zu untersuchen.[11])

Von den gegen solche Forderungen bestehenden Einwendungen können dem neuen Eigenthümer nur jene entgegengesetzt werden, welche aus dem öffentlichen Buche ersichtlich oder dem Uebernehmer bei der Erwerbung des Gutes bekannt waren oder wurden. Dies ergibt sich daraus, daß für Realrechte, als Erweiterungen des Grundeigenthums, die Grundsätze von bücherlichen Rechten überhaupt maßgebend sind.

Die Verbindung der Realrechte mit einem bestimmten Gute erfolgt bald durch gesetzliche Anordnung, bald durch ausdrückliche Verabredung mit dem Verpflichteten[12]), oder auch durch letztwillige Verfügung.

§. 334. Besitzübertragung von Urkunden als Uebergangsform vinculirter Forderungen.

1) Bei Inhaberpapieren.[1]) Da sich in dem Inhaberpapier der Aussteller verpflichtet, an jeden Besitzer desselben, aber auch nur an den Besitzer, die darin versprochene Leistung zu entrichten, so bewirkt er eben durch diesen Inhalt seines Versprechens[2]), daß jeder Besitzer des Papiers[3]), nicht blos der Eigenthümer, sein Gläubiger wird. Mit anderen Worten, die Forderung ist an den Zustand des Besitzes des Papiers gebunden. Eben darum ist sie auch nur dadurch übertragbar, daß ein Anderer den Besitz des Papiers erwirbt. Dieser Besitz, mag er im Uebrigen von was immer für einer Beschaffenheit sein[4]), bildet eine hinreichende Legitimation gegenüber dem Schuldner (§. 1393); es ist durchaus nicht wesentlich, daß der Besitz „durch Uebergabe" (zweiseitig) erworben werde[5]); auch der

9) Gerber §. 169 a. E., Unger S. 578.

10) Vgl. Hofd. 20. Febr. 1795 lit. b., 12. Juni 1835. Unger S. 579 Note 43.

11) Sie erlöschen weder durch zeitweilige Herrenlosigkeit des Gutes, noch, wenn im öffentlichen Buch eingetragen, durch Consolidation (§. 1446). Möglichkeit selbständigen Verzichtes: Unger S. 575.

12) Vgl. auch §. 1019 b. G.-B.

1) Vgl. oben §. 325.

2) Welches er einseitig nur durch Vernichtung des Papiers zurückziehen kann; diese aber steht ihm nur so lange zu, als er selbst Besitzer des Papiers ist.

3) Ausnahme bei vinculirten Inhaberpapieren. „Formell ist Vinculirung die Herstellung eines solchen Zustandes auf dem Inhaberpapier, daß daraus jedem Dritten bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit erkennbar ist, Jemand behaupte sein Eigenthumsrecht an dem Papier." Stein a. a. O. (G.-Z. 1871) Nr. 70.

4) Rechtmäßig, unrechtmäßig, gut- oder bösgläubig. Vgl. Gerber §. 160 Note 3, Jhering Dogm. Jahrb. X. S. 454, 455, Stobbe ebda. XII. S. 263, Gröning im civ. Arch. XLV. S. 67, Walter System §. 258 Nr. VI, Thöl Handelsr. I. §. 59 fg., Schüßler G.-H. 1870 Nr. 87, Stein G.-Z. 1871 Nr. 67 fg.

5) §. 1393 sagt zwar: „Schuldscheine, die auf den Ueberbringer lauten, werden schon durch die Uebergabe abgetreten"; aber er fährt fort: „und bedürfen nebst dem Besitze keines anderen Beweises der Abtretung." Es ist daher der erstangeführte Satz dahin zu verstehen, daß

wird Gläubiger, der das Inhaberpapier gefunden und behalten, oder es entwendet hat.[6]) So will es die vom Schuldner ausgegangene Willenserklärung, indem der Schuldner eben auf diesem Wege das einfachste Legitimationsmittel der Gläubigerschaft schaffen und sich vor aller Verantwortlichkeit für den Fall, daß er nicht an den rechten Mann zahlen sollte, bewahren wollte.[7]) Daß dem Schuldner gegen die Klage des unredlichen Besitzers eine exceptio doli zusteht[8]), beweist nicht, daß nur der redliche Besitzer Gläubiger werde, da ja jede Exceptio eine an sich begründete Klage voraussetzt.

Hienach versteht es sich von selbst, daß auch umgekehrt Erbgang und Cession ohne Besitzübertragung des Papiers[9]) keine Uebertragung der Inhaberpapierforderung bewirken können, sondern nur einen Anspruch auf den Besitz schaffen. Der Schuldner kann aber nicht verhalten werden, an einen Andern als den Besitzer des Papiers zu zahlen.[10])

Auch bei dieser Uebertragungsart geht die Forderung sammt allen Nebenrechten[11]) an den neuen Gläubiger über; dies gilt auch von dem Falle, wenn das dafür bestellte Pfandrecht[12]) durch bücherliche Eintragung begründet ist. Obwohl nämlich sonst bücherliche Rechte nur durch Umschreibung von einer Person auf die andere übergehen, so bedarf es doch hier der Umschreibung darum nicht, weil das Pfandrecht nicht auf den Namen eines bestimmten Gläubigers, sondern unbestimmt für den jedesmaligen Inhaber des Papiers eingetragen erscheint.

Was die Einwendungen[13]) anbelangt, die dem auf Grund des Papiers Fordernden entgegengestellt werden können, so muß unterschieden werden zwischen jenen, welche aus der gesetzlichen Natur der Inhaberpapiere hervorgehen und denjenigen, welche auf einem persönlichen Ver-

---

jede Uebergabe, auch wenn der Tradent nicht Eigenthümer ist, die Forderung übertrage. Vgl. auch die in Note 7 allegirten Gesetze. Die Uebertragung ist keine derivative; der spätere Besitzer leitet die Forderung nicht vom früheren, sondern lediglich aus dem Vorhandensein seines eigenen Besitzes ab. Vgl. Siegel S. 110 Note 1. Viele sehen aber allerdings in der Besitzübertragung des Inhaberpapiers eine Singularsuccession in die Obligation. So z. B. Renaud Ztschr. f. Deutsches R. XIV. Nr. 9, Beseler Syst. 2. Aufl. §. 87 Note 25.

6) Siegel S. 111, 113, 114. A. A. Thöl Handelsr. 4. Aufl. S. 328 und Unger in Grünhut's Ztschr. I. S. 372.

7) Schon das Pat. 28. März 1803 bestimmt, daß „jeder Ueberbringer“ eines inländischen Staatspapiers au porteur „als der wahre Eigenthümer angesehen werde“. Aehnlich §. 48 der Statuten der Hyp.-Bank (v. 1856) hinsichtlich der Pfandbriefe, und §. 13, 22 des Lottopat. 13. März 1813 hinsichtlich der Lottoeinlagsscheine.

8) Stein G.-Z. 1871 Nr. 68, Siegel S. 111 Note 3.

9) Und diese selbst ist keine Cession, sondern originär-translative Uebertragung der Forderung, ähnlich der Ersitzung.

10) Dies eben beweist, daß Cession und Erbgang die Forderung nicht übertragen.

11) Also sammt rückständigen Zinsen, Bürgschaft und Pfandrecht.

12) Wie dies z. B. bei den Gmundener Salinenscheinen, bei den Pfandbriefen der östr. Hypothekenbank (Fin.-Min.-Erl. 21. Oct. 1855) und der galiz. ständ. Creditanstalt (Pat. v. 3. Novbr. 1841) der Fall ist.

13) Vgl. Entsch. G.-Z. 1865 Nr. 33, 1870 Nr. 9 [= Sammlung IV. Nr. 1977, VII. Nr. 3578], ferner Wiener Wechselr. Abh. S. 346, Stein Nr. 68.

hältnisse zwischen dem jeweiligen Gläubiger und dem Schuldner beruhen. Die ersteren sind in rem und wirken gegen jeden Gläubiger; so die Einwendung der mangelnden Handlungsfähigkeit, der mangelnden Form, der Verjährung, des Zeitablaufs u. dgl.; die letzteren dagegen sind in personam und können somit nur demjenigen Gläubiger entgegengesetzt werden, der in dem betreffenden Verhältnisse steht, wie z. B. die exceptio non adimpleti contractus, die Einrede der Zahlung u. s. w. Daß so, wie hier geschehen, zu unterscheiden ist, ergibt sich aus der nachstehenden Erwägung:

Die Exceptionen im technischen Sinne[14]) beruhen auf Verhältnissen, die an sich obligatorischer Natur sind, vermöge welcher der Gläubiger seinem Schuldner gegenüber zur Nichtgeltendmachung seines Klagerechts verbunden ist. Mag nun immerhin der Gläubiger seine Forderung an einen Dritten übertragen, — damit ändert sich nichts daran, daß er Subject der durch die exceptio bezeichneten Verbindlichkeit bleibt, da man wohl seine Forderungen, nicht aber auch seine Schulden beliebig übertragen kann. Damit ist von selbst gegeben, daß der neue Gläubiger die auf ihn übergegangene Forderung geltend machen kann, ohne die seinem Vormann entgegenstehende Exception befürchten zu müssen. Von dieser Regel hat das Gesetz nur bei der Cession eine Ausnahme gemacht, indem der Cessionar auch den aus der Person des Cedenten herrührenden Einreden ausgesetzt ist; die Besitzübertragung eines Inhaberpapiers ist aber keine Cession, und daher die für die letztere geltende singuläre Bestimmung darauf auch nicht anwendbar.

Das eben Gesagte gilt aber nicht nur für Einreden, die schon ihrer Natur nach Exceptionen im technischen Sinne sind, sondern auch für die meisten aus rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Thatsachen hervorgehenden Einwendungen. Bekanntlich wird (s. oben §. 325) bei Inhaberpapieren, wofern sie echt sind, der Beweis des mangelnden Willens, des Zwanges, des Irrthums u. dgl. nicht zugelassen, wohl aber begründen diese sonst rechtshindernden Thatsachen gegenüber dem Betrüger, dem Zwingenden u. s. w., sowie gegenüber seinen Theilnehmern, einen Anspruch auf Gutmachung des damit zugefügten Unrechts[15]), der der Forderung des Besitzers des Papiers gegenüber als Exceptio auftritt; es muß also von diesen Thatsachen das Nämliche gelten, wie von jenen, die schon ihrer Natur nach Exceptionen im technischen Sinne erzeugen. Und das Gleiche gilt hier auch von den meisten rechtsvernichtenden Thatsachen, wie Zahlung, Novation, Verzicht, Compensation u. s. w.[16]); denn da

14) Z. B. die Einrede der Gewährleistung, der Verletzung über die Hälfte, des nicht erfüllten Gegenversprechens.

15) In diesen Thatsachen liegen ja Delicte, die den Beschädiger zur Ersatzleistung verpflichten.

16) Ueber die confusio s. oben §. 325 bei Note 16 und dazu Gerber §. 160 Note *, Bekker Dogm. Jahrb. XII. S. 45. Ihering Dogm. Jahrb. X. S. 454, 455 läßt nur die Gebundenheit des Schuldners fortdauern. Auch zeitweilige Besitz- oder Herrenlosigkeit des Papiers macht die Forderung nicht erlöschen; sie erlischt durch den Besitzverlust nur für den Verlustträger. Vgl. Gerber a. a. O., Bekker S. 46, Ihering S. 446, Stein Nr. 70.

jeder Besitzer des Papiers Gläubiger ist, so ist es auch derjenige, welcher zwar die Zahlung empfangen, das Papier aber zurückbehalten hat[17]); mit anderen Worten, die Zahlung u. s. w. hebt die Forderung nicht auf, sie bewirkt aber das, was sie der Natur der Sache nach bewirken kann, nämlich den Anspruch auf Nichtgeltendmachung der Forderung, also rein technische Exceptio.[18]) Diese Exceptio kann dem Zahlungsempfänger, dem Verzichtenden u. s. w., nicht aber auch einem späteren Gläubiger entgegengesetzt werden, es sei denn, er handelte dolos, in welchem Falle ihm (zwar nicht die eben erwähnte, wohl aber) die exceptio doli entgegensteht.

Allerdings aber gibt es neben den berührten rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen auch solche, die selbst bei Inhaberpapieren nicht in exceptionenerzeugende übergehen, sondern rechtshindernd oder rechtsvernichtend bleiben. Da die Ausstellung eines Inhaberpapiers ein Rechtsgeschäft ist, erfordert sie (oben §. 325) persönliche Fähigkeit und Willenserklärung, und für die letztere ist in gewissen Fällen eine bestimmte Form vorgeschrieben. Fehlt es nun dem Aussteller an der persönlichen Fähigkeit, oder ist das Papier unecht oder verfälscht (d. h. fehlt es an der Willenserklärung), oder fehlt es dem Papiere an der erforderlichen Form, so wird durch alle diese Thatsachen die Entstehung der Forderung gehindert, es knüpft sich daher an den Besitzerwerb des Papiers nicht die Entstehung einer Forderung für den Besitzer, mit anderen Worten, diese Thatsachen können jedem Besitzer erfolgreich entgegengesetzt werden. Ebenso gehören zu den Thatsachen, welche die Forderung aus dem Inhaberpapiere zerstören und daher gleichfalls gegen jeden Besitzer wirken, die Verjährung[19]), der Zeitablauf[20]), der zufällige Untergang des Leistungsobjects[21]) und in gewisser Beziehung die Amortisation.[22])

Die für die Cession gegebene Bestimmung über die Nothwendigkeit und Wirksamkeit der Benachrichtigung des Schuldners findet keine Anwendung auf die Besitzübertragung des Inhaberpapiers. Sie wäre auch ganz überflüssig, da ja der Schuldner ohnedies nur dem Besitzer des Papiers zu zahlen verpflichtet ist und ihn daher durch die Präsentation des Papiers rechtzeitig kennen lernt. Daraus ergibt sich zugleich, daß der Schuldner sich keineswegs im Verzug befindet, wenn er in dem Falle,

---

17) Der Schuldner kann mit Sicherheit nur zahlen, wenn ihm das Papier zurückgestellt oder die Zahlung auf demselben bemerkt wird. Im ersten Falle ist nun das Papier das seine geworden und er kann es unter Umständen neuerdings emittiren. Zu weit geht Stein Nr. 68.

18) Es liegt also eine Conversion des Geschäftes hierin.

19) So bei Zinsencoupons von Staatspapieren, welche nach Fin.-Min.-Erl. 16. Januar 1860 Nr. 21 R.-G.-B. in 6 Jahren verjähren. Vgl. Stein Nr. 70 [und die 13. Aufl. der Manz'schen Ausg. S. 576 fg.]. S. aber auch Kuntze S. 643. Doch kommt die Möglichkeit der Verjährung nicht überall in Betracht, z. B. nicht beim Papiergeld, wo in anderer Weise vorgesorgt ist, daß die Forderung nicht allzu lange erhoben werden könne, auch nachdem das Papiergeld eingezogen wurde.

20) So bei Eisenbahnkarten, Theaterbillets u. dgl. Auch bei den Lottoeinlagsscheinen, welche drei Monate nach der Ziehung ihre Giltigkeit verlieren. Lottopat. v. 1813 §. 23.

21) So bei den Versatzscheinen.

22) Ueber dieses Institut s. unten.

daß sich der Gläubiger nicht meldet, nicht zur vorausbestimmten Zeit bezahlt[23]); vielmehr ist der das Papier nicht rechtzeitig präsentirende Gläubiger seinerseits im Verzug, und es fallen also die widrigen Folgen auf ihn (§. 1419 b. G.-B.).

Mit dem Uebergange der Forderung an jeden Besitzer des Papiers geht nicht ohne weiteres auch das Eigenthum des Papiers an denselben über.[24]) Dieser Eigenthumsübergang vollzieht sich vielmehr nach den gewöhnlichen Grundsätzen der Eigenthumslehre mit der einzigen Modification, daß sich der Eigenthumserwerb schon an den redlichen Erwerb des Besitzes anknüpft (§. 371). Immerhin ist der Fall sehr wohl möglich, daß derjenige, dem die Forderung zusteht, weil er Besitzer des Papiers ist, der Eigenthumsklage auf Herausgabe desselben ausgesetzt ist.[25])[26])

Eine Abart der Inhaberpapiere sind die (von Kuntze sogenannten) Legitimationspapiere, d. h. solche, die zwar auf bestimmte Namen lauten, bei denen aber die Zahlung dennoch statutenmäßig an den Ueberbringer des Papiers geleistet wird.[27]) Der Ueberbringer gilt also als Bevollmächtigter des im Papier genannten Gläubigers.[28]) Auch auf diese

23) Insbesondere braucht der Schuldner in unserem Falle keine Verzugszinsen zu entrichten (§. 1334 findet also hier keine Anwendung); sehr natürlich, da der Schuldner in der Regel nicht wissen kann, wer sein Gläubiger ist.

24) Ueberhaupt ist das Verhältniß des Inhabers des Papiers zu seinen Vormännern im Besitz desselben nicht zusammenzuwerfen mit der Frage nach dem Subject des Forderungsrechts. Vgl. Entsch. G.-Z. 1870 Nr. 75 [= Sammlung VII. Nr. 3641], Schüßler, G.-H. 1870 Nr. 87.

25) Das kann selbst dem zahlenden Schuldner widerfahren, wenn er bei der Zahlung wußte oder aus den Umständen vermuthen mußte, daß er an einen unredlichen Besitzer zahle. Um so gewisser ergibt sich hieraus, daß der Schuldner gegen einen solchen Präsentanten eine (persönliche) exceptio doli haben muß. Vgl. Entsch. G.-Z. 1863 Nr. 47 [= Peitler Wechselr.-Entsch. Nr. 266] betreffend einen in bianco indossirten Wechsel, ferner Goldschmidt in seiner Ztschr. IX. S. 62, und Stein G.-Z. Nr. 68.

26) Gewährleistungsanspruch des entgeltlichen Erwerbers eines Inhaberpapiers gegen seinen unmittelbaren Vormann, wenn das Papier falsch, die Forderung unrichtig, oder zur Zeit des Erwerbs des Papiers ohne Vorwissen des Erwerbers uneinbringlich war (§§. 922, 928, 929, 1397, 1398 — Gengler Lehrb. S. 171, Gerber §. 160 Note 6; bezüglich des letzten Falles a. A. Kirchstetter S. 657) — nicht auch wegen Eviction (arg. §§. 371, 929 b. G.-B.). — Pränotation von Inhaberpapieren? Entsch. G.-Z. 1856 Nr. 109, 1855 Nr. 123 [Peitler 1. Aufl. Nr. 219, 220] einerseits, Entsch. G.-H. 1862 Nr. 46, 1863 Nr. 28 [Samml. IV. Nr. 1512, Peitler Wechselr.-Entsch. Nr. 264] andererseits.

27) Dahin gehören die Sparkassenbücher, die Anweisungen an die Creditanstalt (Checques), welche auf bestimmte Namen ausgestellt werden müssen; „die Creditanstalt betrachtet aber jeden Inhaber als den rechtmäßigen Besitzer derselben (§. 6 des Reglements für die Giroabtheilung der Creditanstalt); ferner das Einschreibebuch des §. 1033 b. G.-B. (Randa G.-Z. 1874 Nr. 22). Ob auch jene Pfandbriefe der Nationalbank als Hypothekenbank, welche auf bestimmte Namen lauten? Dafür spricht, daß nach §. 50 der Statuten v. 20. März 1856 eine Haftung für die Echtheit der Unterschrift auf der Cession oder Quittung nicht übernommen wird; dagegen aber und vielmehr für die Qualität eines Ordrepapiers spricht der Umstand, daß immer eine „Cession“ gefordert wird und daß §. 30 des Reglements die Indorsirung oder Cession verlangt.

28) Die Zahlung an den Ueberbringer, auch wenn er nicht wirklich Mandatar

Papiere haben die meisten der eben entwickelten Grundsätze volle Anwendung.[29])

2) Bei Ordrepapieren. Zur Uebertragung der Forderung aus einem Ordrepapier ist nebst der Besitzübertragung des Papiers auch die Beifügung eines Uebertragungscertificats[30]) auf demselben erforderlich, welches von dem Orte, an welchem es gewöhnlich angebracht wird (der Rückseite des Papiers), den Namen Indossament erhalten hat. Des Nachweises der Echtheit des letzteren und der Handlungsfähigkeit des Uebertragenden bedarf es ebensowenig, als der sonstigen inneren Erfordernisse seiner Giltigkeit. Damit geht die Forderung sammt den Nebenrechten[31]) an den Erwerber (Indossatar) über[32]); bezüglich der Einwendungen[33]) gelten im Wesentlichen die Grundsätze von den Inhaberpapieren.

§. 335. Subjectwechsel bei ungebundenen Schulden.[1])

Regelmäßig erfolgt der Wechsel der Subjecte ungebundener Schulden durch den Erbgang; es gibt aber auch eine Singularsuccession in Schul-

---

des Gläubigers ist, befreit also den Schuldner. Randa G.-Z. 1874 Nr. 22, Kuntze S. 401, Entsch. G.-Z. 1852 Nr. 59 (= Peitler Nr. 592). Dem Ueberbringer stehen, da er als Mandatar des Gläubigers zu behandeln ist, alle Einwendungen entgegen, die dem Gläubiger selbst entgegengesetzt werden könnten.

29) Vgl. Entsch. G.-Z. 1857 Nr. 111 [= Sammlung I. Nr. 373], betreffend die Zulässigkeit der Vindication eines Sparkassenbüchels wegen grober Fahrlässigkeit bei der Erwerbung; Entsch. G.-Z. 1852 Nr. 87 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 107]. Der Hauptunterschied ist der, daß sich bei den Legitimationspapieren das Recht auf die wirkliche Einlage stützt. Das Einlagsbuch enthält kein Zahlungsversprechen, sondern lediglich die Bestätigung der Empfänge, das Einschreibebuch die Bestätigung der Lieferungen von Waaren. Es kann daher aus dem bloßen Besitze des Papiers nicht auf Zahlung geklagt werden, und der Aussteller ist zur Prüfung der Legitimation wohl berechtigt, nur nicht dazu verpflichtet. Randa a. a. O. Auch sonst finden sich einzelne Unterschiede; so besteht für Sparkassenbücher eine vom Tage des Edicts lautende sechsmonatliche Amortisationsfrist, und ist die Verjährungsfrist für Sparkasseneinlagen auf 40 Jahre bestimmt (Hofd. 26. September 1844 (§. 18).

30) Der Zustand, an welchen die Uebertragung der Forderung gebunden ist, ist also ein aus zwei Elementen bestehender.

31) Auch wenn es durch Intabulation erworbene Pfandrechte sind.

32) Jud.-B. Nr. 42 (G.-Z. 1872 Nr. 77 [= Manz'sche Samml. I. S. 39]) läßt Wechselrechte auch durch Cession und Erbseinantwortung übertragen werden.

33) Art. 303 H.-G.-B. Wehli G.-Z. 1867 Nr. 14.

1) Vgl. Delbrück Die Uebernahme fremder Schulden nach gem. und preuß. R. Berlin 1853, der zuerst dem herrschenden Dogma von der Unübertragbarkeit der Schuld entgegentrat. Seither ist immer mehr und mehr die Statthaftigkeit der Singularsuccession in Schulden in der Doctrin zur Anerkennung gelangt. S. namentlich Windscheid in krit. Ueberschau I. Heft 1 und Pand. §§. 338—340, Beseler Syst. §. 118, Bluntschli Deutsches Pr.-R. II. §. 110, Arndts §. 254, Puchta-Rudorff §. 280 Anm. b, Unger Verträge zu Gunsten Dritter (1869) S. 89, 90, und jetzt besonders Gürgens in Dogm. Jahrb. VIII. S. 221—308. Doch fehlt es nicht an Widersachern, z. B. Sintenis Civ.-R. 2. Aufl. II. §. 102 Note 132, Kuntze Die Obl.- und Sing.-Succ. (1856).

den.[2]) Auch das b. G.-B. spricht in §§. 1375, 1392 und besonders in §. 1400 neben der Umänderung einer Obligation durch Hinzukunft eines neuen Gläubigers (Cession) ausdrücklich von einer Umänderung durch Hinzukunft eines neuen Schuldners und bezeichnet diese Umänderung mit dem Namen Anweisung oder Assignation (§§. 1400, 1401). Unter diesem Namen behandelt aber dasselbe zwei, wohl von einander zu unterscheidende Fälle; einmal den Fall, wo der Schuldner, ohne von seinem Gläubiger entlassen worden zu sein, zahlungshalber einen Dritten „als Zahler stellt", und zum andern den Fall, wo er in Folge dessen von dem Gläubiger entlassen, und der Dritte als alleiniger Schuldner angenommen wird. In dem ersten Falle kann von einem Uebergang, von einer Uebertragung der Schuld an den hinzugekommenen Dritten keine Rede sein; der alte Schuldner bleibt ja als Schuldner in dem obligatorischen Verhältniß stehen; der Gläubiger bekommt nur zu dem früheren Schuldner einen neuen, welcher letztere primär haftet, während der alte in subsidiärer Haftung ist (§. 1406). Nur im zweiten Falle also findet eine wirkliche Uebertragung der Schuld von dem bisherigen auf den neuen Schuldner statt (§. 1407). Für diesen Fall gebraucht man in der neuen Doctrin den Namen Schuldübernahme[3]) als einen technischen.

Hiernach versteht man unter Schuldübernahme einen Vertrag zwischen dem Schuldner und einer dritten Person (dem Uebernehmer), kraft dessen die letztere die Schuld als Alleinzahler zu übernehmen erklärt. Für die Verwirklichung der Singularsuccession in die Schuld erscheint aber vermöge der Natur der Schuld als eines doppelseitigen Rechtsverhältnisses als eine nothwendige Bedingung die Zustimmung des Gläubigers (§§. 1403, 1344, 1345)[4]); dieselbe kann der Uebernahme vorausgehen oder ihr nachfolgen, und kann ausdrücklich oder stillschweigend[5]) erklärt werden.[6])

---

2) Vgl. Gürgens S. 225—231 und bes. S. 232 fg., Puchta §. 280, Windscheid §. 338 Note 2, 3.

3) Doch wird sie zuweilen mit der Delegation verwechselt.

4) Arndts §. 254 a. E., Unger Verträge zu Gunsten Dritter S. 90, Windscheid §. 338, der Note 4 mit Recht bemerkt, daß die Obligation, auch wenn sie durch den Wechsel des Schuldners keine Aenderung ihres juristischen Bestandes erleide, doch möglicher Weise eine bedeutende Aenderung ihres ökonomischen Werthes erfahre. Daraus begreift sich, daß die Zustimmung des Gläubigers hier wesentlich ist, während zur Cession die Zustimmung des Schuldners nicht erfordert wird. So lange der Gläubiger nicht zugestimmt hat, können der alte Schuldner und der Uebernehmer die Uebernahme durch ihren Consens rückgängig machen. Gürgens S. 293, 294, Arndts §. 254. — Möglichkeit der richterlichen Schuldüberweisung im heutigen Recht unter Zustimmung des Gläubigers und Supplirung des Willens des Uebernehmers durch den Richter, z. B. wenn ein Geschäftsführer einer Gesellschaft in deren Interesse Schulden contrahirt hat: Windscheid §. 338 a. E. und Note 9.

5) Auch für den Uebernahmsvertrag selbst ist keine bestimmte Form vorgeschrieben.

6) Daß des Gläubigers Zustimmung nicht vorausgehen muß, wird sehr verschieden erklärt. Vgl. Windscheid §. 309 Nr. 2, §. 338 Note 6, 7, §. 339 Note 1, Gürgens S. 271—274, Bähr Verträge zu Gunsten Dritter, Dogm. Jahrb. VI. S. 179 fg., Zaun Arch. f. pr. R.-W. N. F. I. S. 113 fg. — Stillschweigende Zustimmung: Unger Vtge z. G. Dr. S. 22 Note 25, Windscheid §. 340 Note 4.

Eine stillschweigende Zustimmung liegt namentlich darin, daß der Gläubiger dem alten Schuldner Quittung ausstellt oder ihm den Schuldschein zurückstellt (§. 1407)[7]), sie liegt aber keineswegs auch schon darin, daß der Gläubiger an den neuen Schuldner die Forderung stellt oder sie gegen ihn einklagt.[8]) Denn damit hat er noch nicht den Willen manifestirt, den alten Schuldner zu entlassen.

Die Schuldübernahme ist eine Species der Intercession (§. 1344); sie kann daher nur dann wirksam sein, wenn die übernommene Schuld auch wirklich aufrecht besteht (§. 1351).

Wie jeder Vertrag bedarf auch die Schuldübernahme eines juristischen Grundes (einer causa). Dieser Grund kann sehr verschieden geartet sein; es kann sich handeln um Zahlung[9]), Schenkung, Creditirung, Bestellung eines Heirathsgutes u. a. Dieser Rechtsgrund wirkt aber nur zwischen dem bisherigen Schuldner und dem Uebernehmer[10]), nicht auch gegenüber dem Gläubiger[11]), es kann also, wenn es an der causa fehlt oder diese anfechtbar ist, die Schuldübernahme zwischen den Erstgenannten nichtig oder anfechtbar sein, ohne daß dies den Gläubiger berührte d. h. der Letztere wird trotzdem nicht gehindert sein, den Uebernehmer als seinen Schuldner in Anspruch zu nehmen.[12])

Die Schuldübernahme kommt besonders häufig als Bestandtheil eines anderen Geschäftes vor, namentlich der Uebernahme eines ganzen Vermögenscomplexes. Bei Veräußerungen von Grundstücken, kaufmännischen Etablissements oder gewerblichen Anstalten, bei Erbtheilungen und Auseinandersetzungen bei Aufhebung von Vermögensgemeinschaften kann man fast tagtäglich die Erscheinung wahrnehmen, daß die eine Partei der anderen erklärt, gewisse Schulden der letzteren zu übernehmen, wozu dann sehr häufig noch kommt, daß der Gläubiger seinen alten Schuldner seiner Haftung entläßt und den neuen als Schuldner annimmt.[13]) Das östr. Recht[14]) kennt auch einen Fall einer gesetzlichen, ipso jure vor sich

---

7) Gürgens S. 274.

8) Entsch. G.-Z. 1874 Nr. 44 [= Sammlung XI. Nr. 5192]. Dagegen Gürgens S. 275, 276 und Windscheid (noch in der zweiten Auflage) §. 338 Note 5. Auch die Annahme von Zinsen oder Theilzahlungen, die der neue Schuldner an den Gläubiger abführt, involvirt noch nicht die Entlassung des alten. So mit Recht auch Gürgens S. 277.

9) Der häufigste Fall. Gürgens S. 280.

10) Er ist auch stets dem Verhältniß entnommen, in welchem sie zu einander stehen, wie ja auch der ökonomische Effect der Schuldübernahme wesentlich sie trifft. Gürgens §. 5.

11) In der That kann man ja dem Gläubiger nicht zumuthen, seine sichere Forderung gegen eine unsichere aufzugeben. Gürgens S. 281 fg., Windscheid §. 339 Note 1 a. E.

12) Gürgens a. a. O. gegen Delbrück §. 48.

13) Gürgens S. 242, Windscheid §. 340. Von selbst versteht es sich nicht, daß der Uebernehmer eines Vermögens auch die Schulden übernimmt. Gürgens S. 262 fg., vgl. aber auch §. 1282 b. G.-B.

14) Ueber die verschiedenen Meinungen betreffend die Frage, ob nach gemeinem Recht das zwischen dem executiven Käufer und den Gläubigern getroffene Uebereinkommen, es solle der erstere, statt bar zu zahlen, die auf dem Gute haftenden Schulden in Abrechnung auf das Kauf-

gehenden Schuldübernahme; eine solche liegt nämlich in dem executiven Kaufe eines mit Schulden belasteten Grundstücks, indem das Gesetz für diesen Fall anordnet[15]), „daß der Meistbietende die auf dem Gute haftenden Schulden, in soweit sich der zu bietende Preis erstrecken wird, übernehmen müsse, wenn die Gläubiger ihr Geld vor der allenfalls vorgeschehenen Aufkündigung nicht annehmen wollten." §. 328 A.-G.-O. lit. b. und Hofd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621 J.-G.-S. lit. l.).[16]) Der Meistbietende übernimmt hier die Schulden nicht blos als Hypothekar-, sondern als Personalschuldner[18]), und kann daher mit persönlicher Klage zur Zahlung derselben angehalten werden; der frühere Schuldner, auf dessen Gut der Gläubiger im Executivwege gegriffen hatte, wird, soweit der Ersteher die Schulden übernehmen mußte, liberirt, und wenn der Ersteher das fragliche Gut weiter veräußert, bleibt er trotzdem rücksichtlich der übernommenen Schulden persönlich haftend.

Die Wirkung der perfecten Schuldübernahme besteht in dem Uebergang der Schuld von dem früheren Schuldner an den Uebernehmer, und somit auch in der vollständigen Befreiung des alten Schuldners gegenüber dem Gläubiger (§. 1407). Es ist nicht etwa die Schuld des alten Schuldners ganz erloschen und eine neue für den Uebernehmer entstanden, sondern die Schuld des früheren Schuldners ist vollständig Schuld des Uebernehmers geworden, es hat das passive Subject des Forderungsverhältnisses gewechselt.[19]) Daraus folgt insbesondere, daß dem neuen Schuldner auch die dem früheren Schuldner zuständig gewesenen Einreden zu Guten kommen, und zwar sowohl die Einreden im weiteren Sinne (§. 1351) z. B. die der Zahlung, als die Einreden im engeren Sinne z. B. wegen Verletzung über die Hälfte.[20]) Ausgenommen bleiben jedoch die höchst persönlichen Einreden und die Einrede der Compensation.[21]) Umgekehrt aber hat ebenso auch der Gläubiger gegen den Uebernehmer die nämlichen Repliken, die er dem ursprünglichen Schuldner hätte entgegenhalten können.[22]) Wenn jedoch der Uebernehmer dem Gläubiger

---

geld übernehmen, als Schuldübernahme aufzufassen sei, und die sich ergebenden Schwierigkeiten vgl. Gürgens S. 267 bis 270.

15) Es muß die im Texte folgende Bestimmung in den Feilbietungsedicten deutlich ausgedrückt werden.

16) Wessely I. Nr. 1294.

17) Er verspricht nicht blos die Abführung der Kaufsumme, sondern vor Allem die Befriedigung der Tabulargläubiger innerhalb des Rahmens der Meistbotsumme.

18) Das ist auch in der Praxis anerkannt: Entsch. G.-Z. 1859 Nr. 134, 1860 Nr. 119, 1867 Nr. 94 [= Sammlung II. Nr. 860, II. Nr. 550, V. Nr. 2548].

19) Gürgens S. 298 fg., Windscheid §. 339.

20) Gürgens und Windscheid a. a. O. Der Uebernehmer kann also, wenn er die Einwendung der Verjährung erhebt, die zu Gunsten des früheren Schuldners gelaufene Verjährungszeit der zu seinen Gunsten gelaufenen hinzurechnen; hat er eine bereits verjährte Schuld übernommen, so kann er sich auf die zu Gunsten des ursprünglichen Schuldners schon abgelaufene Verjährung berufen. Vgl. aber auch bei Note 23.

21) Gürgens S. 299 fg., Windscheid a. a. O.

22) Gürgens S. 302, Windscheid §. 339 Note 2.

gegenüber die übernommene Schuld als bestehend anerkannt hat, dann schafft diese Anerkennung für den Gläubiger nicht nur eine Beweiserleichterung, sondern der Uebernehmer verliert alle Einreden, vorausgesetzt, daß er sich rücksichtlich derselben nicht in einem entschuldbaren Irrthum befand.[23])

Aus der Identität der Schuld des Uebernehmers und des ursprünglichen Schuldners folgt auch die Fortdauer des für die ursprüngliche Schuld bestellten Pfandrechtes.[24]) Ist jedoch das Pfand von einem Dritten bestellt worden mit vorzüglicher Rücksicht auf den ursprünglichen Schuldner[25]), dann bedarf es zur Aufrechterhaltung des Pfandrechts der Zustimmung des Pfandbestellers (arg. §§. 1379, 1390). Rücksichtlich der Bürgschaft bedarf es dieser Unterscheidung nicht; sie geht, wenn der Bürge nicht auch für den Uebernehmer haften zu wollen erklärt, durch die Schuldübernahme ohne weiteres unter[26]), denn der Bürge will normalerweise immer nur für den bestimmten Schuldner haften (arg. §. 1353). Zinsen und Conventionalstrafe gelten nur dann als mitübernommen, wenn der Uebernehmer um die Existenz dieser Verbindlichkeiten wußte.[27])

Nach ganz anderen Grundsätzen ist die Wirkung der Schuldübernahme im Verhältniß zwischen dem früheren Schuldner und dem Uebernehmer zu beurtheilen. Diesfalls ist zu betonen, daß der Uebernehmer, indem er die Schuld übernimmt, eine Vermögenszuwendung zu Gunsten des früheren Schuldners vornimmt. Ist nun diese Vermögenszuwendung nichtig oder anfechtbar, so ist auch — sowenig auch den Gläubiger diese Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit angeht — die Schuldübernahme im Verhältniß des alten Schuldners und des Uebernehmers untereinander nichtig oder anfechtbar, und der Uebernehmer kann daher verlangen, daß ihm der frühere Schuldner Befreiung von dem Gläubiger erwirke.[28]) Wenn umgekehrt Jemand, der irrthümlicher Weise Schuldner zu sein glaubt, seine vermeintliche Schuld titulo oneroso auf einen Anderen überträgt und diesem die versprochene Gegenleistung macht, so leistet er damit ein indebitum, und wird daher das Geleistete mit der condictio indebiti vom Uebernehmer zurückfordern können[29]); wäre es anders, so würde sich der Uebernehmer, dem ja gegen den Gläubiger die Einrede der Unrichtigkeit der Schuld zusteht, mit dem Schaden des vermeintlichen Schuldners bereichern.

Durch wiederholte Uebernahmen[30]) kann eine Schuld auch an einen dritten, vierten und noch weiteren Schuldner übertragen werden. Auch

---

23) Vgl. Gürgens S. 304, 305.

24) Für das östr. R. ergibt sich der regelmäßige Fortbestand des Pfandrechts schon aus dem (bei Note 15 mitgetheilten) §. 328 a. G.-O., wonach bei executiven Verkäufen der Ersteher die Tabularschulden in ihrem bisherigen Bestande, also mit Aufrechthaltung des Pfandrechts übernimmt; vgl. auch Gürgens S. 290, Windscheid §. 339 Note 2.

25) Im Zweifel ist diese Rücksicht auf den ursprünglichen Schuldner wohl anzunehmen. Windscheid §. 339 a. E.

26) Gürgens S. 289, 290.

27) Gürgens S. 290, 291.

28) Gürgens S. 292, 293.

29) Gürgens S. 296, 297.

30) Gürgens S. 306, 307.

davon gelten die bereits entwickelten Grundsätze: Die Weiterübertragung wirkt so, als ob die Schuld von Anfang an in der Person des Uebernehmers zur Entstehung gekommen wäre. Erfolgt eine Weiterübertragung, bevor der Gläubiger der vorausgehenden Uebertragung zugestimmt hat, so hat er die Wahl, der früheren oder der späteren Uebertragung seine Zustimmung zu geben; gibt er sie der späteren, so tritt auch die vorhergehende in Kraft, gibt er sie der früheren, so bleibt die spätere in suspenso. —

§. 338. Umänderung von Forderungen durch Verschulden.

Wenn der Schuldner in doloser oder culposer Weise die Erfüllung seiner Verbindlichkeit ganz[1]) oder zum Theil[2]) unmöglich macht, wohin auch der Fall nicht rechtzeitiger Erfüllung gehört[3]), so liegt hierin eine widerrechtliche, zur Ersatzleistung verpflichtende Handlung; sie erscheint aber (in der Regel) nicht als Delict, ist daher auch nicht Entstehungsgrund einer neuen Obligation, sondern sie ist, weil sie ein bestehendes obligatorisches Verhältniß verletzt, eine sog. Schuldverletzung, die zur Folge hat, daß die aus ihr hervorgehende Ersatzschuld ganz oder zum Theil an die Stelle des bisher bestehenden Forderungsrechtes tritt, mit andern Worten, daß das letztere dadurch modificirt wird. Die reine Schuldverletzung unterscheidet sich also vom Delict dadurch, daß sie in einem an sich erlaubten Verhalten besteht, welches als ein unerlaubtes nur in Beziehung auf ein bestimmtes Schuldverhältniß erscheint, während das Delict immer in einer dem objectiven Recht widersprechenden, also an sich unerlaubten Handlung besteht.[4]) Allerdings ist es aber möglich, daß die Handlung, durch welche der Schuldner sich die Erfüllung seiner Verbindlichkeit unmöglich macht, schon an sich unerlaubt, also zugleich ein Delict ist.[5]) [6]) Abgesehen davon, daß die Schuldverletzung ein nicht schon an sich, sondern ein nur relativ unerlaubtes Verhalten enthält, sind die Elemente derselben identisch mit denen des Delicts (§§. 1294, 1306.[7])

1) Z. B. in den Fällen der §§. 430, 1120 b. G.-B.

2) Vgl. §§. 1153, 919 b. G.-B.

3) Auch in solchen Fällen kann der Ersatzanspruch ganz an die Stelle des bisherigen Inhaltes der Forderung treten, wie z. B. wenn einem Auszügler sein Naturalausgedinge nicht rechtzeitig geliefert wird: Entsch. G.-H. 1867 Nr. 53 [= Sammlung V. Nr. 2669].

4) Daraus begreift sich, daß man sich wohl zur Vornahme einer Handlung verpflichten kann, die einem Dritten gegenüber eine Schuldverletzung enthält, ohne daß man der Klage auf Erfüllung die Einwendung entgegen halten kann, man verletze durch die Erfüllung das Recht eines Dritten. Dagegen kann man sich zur Begehung eines Delicts nicht rechtswirksam verpflichten.

5) Z. B. der Depositar beschädigt die anvertraute Sache, der Mandatar mißbraucht seine Stellung zu Unterschlagungen.

6) Beachtung verdient, daß zu den obligatorischen Verhältnissen, die verletzt werden können, auch das Verhältniß zwischen Kläger und Beklagten gehört; es liegt also eine Schuldverletzung auch darin, daß der Besitzer einer fremden Sache dieselbe, anstatt sie zurückzustellen, dolos oder culpos verzehrt oder veräußert.

7) Auch sie setzt also voraus Veranlassung eines positiven oder negativen Schadens an fremdem Vermögen, und Verschulden (vgl. oben I §. 138 S. 397 fg.).

Während nach röm. Recht Haftung für jedes Verschulden nur bei Delicten Platz greift, bei Schuldverletzungen aber zuweilen nur für dolus und culpa lata gehaftet wird, muß nach östr. Recht der pflichtwidrig handelnde Schuldner (wie bei Delicten) für jedes Verschulden haften (§. 1295), und auch die romanistische Unterscheidung zwischen diligentia in concreto und in abstracto[8]) ist in demselben[9]) beseitigt.[10]) Wie bei den Delicten, so ist auch bei Schuldverletzungen nach östr. Recht der Grad des Verschuldens für den Umfang der Schadloshaltungspflicht maßgebend, indem bei leichtem Versehen nur der positive Schaden, bei höheren Graden des Verschuldens aber auch der Gewinnstentgang zu ersetzen ist (§§. 1323, 1324). Den Maßstab endlich, nach welchen bei Beschädigungen am Vermögen der Schaden zu ersetzen ist, bildet bei leichtem Versehen der gemeine Schätzungswerth (der sog. Sachwerth), bei höheren Graden des Verschuldens der außerordentliche, aus den subjectiven Verhältnissen des Beschädigten sich ergebende Werth (das sog. Interesse), bei strafbaren, muthwilligen oder aus Schadenfreude verübten Beschädigungen das sog. Affectionsinteresse (§§. 1331, 1332). Von diesen Regeln scheinen jedoch eine Abweichung zu enthalten die §§. 1047, 1061, 1120, 1154, 1283, welche bei den daselbst bezeichneten Schuldverletzungen ohne Rücksicht auf den Grad des Verschuldens volle Entschädigung, also den Ersatz sowohl des negativen, wie des positiven Schadens zur Pflicht machen.[11]) Allein eine genaue Vergleichung des Inhaltes dieser Gesetzesstellen ergibt, daß in ihnen nur eine Ungenauigkeit des Ausdrucks, keineswegs aber die Tendenz vorliegt, eine von den §§. 1323, 1324 abweichende Bestimmung zu treffen.[12])

Da die aus der Schuldverletzung erwachsende Ersatzpflicht in jeder Beziehung an die Stelle der ursprünglich geschuldeten Leistung tritt, so ergibt sich, daß nur der ursprüngliche Gläubiger, nicht auch ein Dritter, der durch die Nichterfüllung mittelbar einen Schaden erlitten hat, auf den Ersatz Anspruch hat.[13]) Ebenso folgt aus der juristischen Identität der modificirten und der ursprünglichen Obligation, daß für den aus der Schuld-

---

8) Vgl. Keller §. 250, Windscheid §. 101.

9) Das H.-G.-B. Art. 94 hat sie jedoch wieder aufgenommen.

10) Unger II. S. 242 Note 23, S. 246 Note 35.

11) Auf Grund der citirten Paragraphen und der §§. 1066, 1094, 1173 behauptet denn auch Randa G.-Z. 1869 Nr. 49 Anm. 6, daß bei Nichterfüllung zweiseitiger Obligationen ohne Rücksicht auf den Grad des Verschuldens stets das volle Interesse zu ersetzen sei.

12) Vgl. Zródłowski G.-Z. 1869 Nr. 88, der nachweist, daß die citirten Gesetzesstellen nichts von den §§. 1323, 1324 Abweichendes enthalten. Gegen ihn aber wieder Randa G.-Z. 1870 Nr. 7, 8, sich besonders auf §. 1047 stützend, und als neues Argument §. 1 d. kaiserl. Vdg. v. 12. März 1859 heranziehend; dabei gibt Randa zu, daß §. 932 b. G.-B. in entgegengesetzter Richtung eine Ausnahme enthalte.

13) Wenn z. B. der Maschinenfabrikant die zur Spirituserzeugung bestellten Apparate nicht rechtzeitig liefert, so muß er nur dem Besteller derselben den Schaden ersetzen, nicht auch demjenigen, der bei diesem Besteller Spiritus gekauft hat und ihn nun nicht rechtzeitig geliefert bekommt. Insofern ist §. 1295 in pr. („Jedermann . . .") zu weit gefaßt.

verletzung hervorgehenden Schaden nur der Schuldner, nicht etwa auch der Dritte, der ihn zu der Schuldverletzung veranlaßt hat, haftend ist, es sei denn[14]), daß die Handlungsweise des Dritten einen Betrug oder ein sonstiges Delict involvirt, da man allerdings für alle Folgen des letzteren haftet.[15])

Ein besonderer in diesem Zusammenhang[16]) zu erörternder Fall ist die Veräußerung (dieses Wort in weiterem Sinne genommen) zum Nachtheil des Gläubigers (alienatio in fraudem creditorum facta). Man versteht darunter jedes Rechtsgeschäft mit Dritten, welches eine den Gläubigern nachtheilige Verschlechterung des Vermögensstandes des Veräußernden zur nothwendigen Folge hat. Dahin gehört nicht nur die Veräußerung im engeren Sinne, z. B. der Verkauf einer bereits einem Gläubiger geschuldeten Sache, eine Schenkung zum Nachtheil der Gläubiger, sondern auch die Eingehung neuer Schulden, die Belastung von Gegenständen, welche lastenfrei herausgegeben werden sollen, Zahlung oder Anweisung von Pfändern oder sonstiger Deckung an einzelne Gläubiger bei schon bestehender Insolvenz, Verzichtleistung auf Vermögensrechte oder Unterlassung ihrer Erwerbung gemäß einer mit Dritten getroffenen Verabredung u. s. w. In allen diesen Fällen entsteht die Frage, ob der verletzte Gläubiger auch gegen den Dritten, dem durch die Veräußerung etwas zugewendet wurde, mit dem Schadenersatzanspruch auftreten könne — insbesondere, ob er es nicht wenigstens dann könne, wenn der Dritte um die vorausgegangene Verbindlichkeit des Veräußerers und dessen Absicht, den Gläubiger zu verkürzen, wußte. Das röm. Recht[17]) gewährte den Gläubigern einen solchen Anspruch in ziemlich weitem Umfang (actio Paulliana, interdictum fraudatorium). Das b. G.-B. versagt ihn der Regel nach, weil in Ermangelung einer speciellen

---

14) Wie dann, wenn der zur Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners berufene Stellvertreter die Erfüllung schuldbar unterläßt oder vereitelt? Z. B. der Schuldner versieht seinen Geschäftsführer rechtzeitig mit den erforderlichen Zahlungsmitteln, ist also selbst außer Verschulden, der Geschäftsführer aber zahlt nicht. Entsch. G.-Z. 1866 Nr. 6 (G.-H. 1866 Nr. 30 [= Sammlung V. Nr. 2238]) verurtheilte den abgetretenen Verwalter eines Gutes, gegen den ein mit ihm als Vertreter des Gutsherrn accordirter Frachtlohn eingeklagt wurde, auf Grund der §§. 1009, 1029 zur Zahlung. Vgl. Protok. Gesetz v. 20. Jänner 1855 Nr. 13 R.-G.-B. §. 48, H.-G.-B. Art. 241, 245.

15) Es gilt also die Bestimmung des §. 1301 über die mittelbare Veranlassung einer schuldbaren Beschädigung nicht auch für Schuldverletzungen; erst §. 1303 bezieht sich auf diese.

16) Vangerow III. §. 697, Keller §. 370, Puchta §. 380, Windscheid §. 463, sächs. G.-B. §§. 1509—1518 handeln davon in der Lehre von den Delicten; allein die Veräußerung ist nicht nichtig (was sie sein müßte, wenn sie ein Delict wäre), sondern nur anfechtbar. Die durch sie begründeten Rechte können ohne weiteres geltend gemacht werden, so lange die dadurch verkürzten Gläubiger nicht dagegen auftreten. Daher ist die von Arndts §. 228 durchgeführte Einreihung in die Lehre von der Collision in der Ausübung der Forderungen richtiger.

17) Vgl. die in der vorigen Note angeführten Schriftsteller; auf die einzelnen Bestimmungen des röm. R. einzugehen, ist hier keine Veranlassung gegeben.

Bestimmung der Umstand ausschlaggebend bleibt, daß der Dritte mit den Gläubigern des Veräußernden in keinem Rechtsverhältniß steht, und daher nicht, wie der Schuldner selbst, zu gewissen Unterlassungen verpflichtet ist. Daß das G.-B. von dieser Auffassung ausgeht, beweisen insbesondere die §§. 430, 440, welche im Falle wiederholter Veräußerung einer bereits veräußerten Sache dem dadurch verkürzten früheren Gläubiger nur einen Ersatzanspruch gegen den Doppelveräußerer, nicht auch gegen den späteren Erwerber einräumen, und ebenso der §. 1120, welcher im Falle einer den Bestandvertrag gefährdenden Veräußerung der Bestandsache gleichfalls ein Rechtsmittel nur gegen den Veräußerer gewährt.[18]) Demgemäß kann auch die einseitige Befriedigung einzelner Gläubiger durch den zahlungsunfähigen Schuldner, oder die Deckung derselben durch Pfandbestellung von den übrigen Gläubigern nicht angefochten werden[19]), und dem steht auch nicht entgegen, daß eine solche Handlung im §. 486 St.-G.-B. als strafbar erklärt ist[20]), da nicht alle strafbaren Handlungen zugleich civilistisch ungiltig sind. Das b. G.-B. kennt von dieser Regel nur eine Ausnahme; es können nämlich Schenkungen zum Nachtheil der Gläubiger von diesen angefochten werden (§. 953), und zwar ohne daß es auf ein Verschulden des Geschenkgebers oder Geschenknehmers ankäme, ausgenommen, wenn es sich um Schenkungen handelt, die älter sind als die Forderungen der sie anfechtenden Gläubiger (§. 953 i. f.). Und ebenso können als Nachbildungen der actio Paulliana angesehen werden die Bestimmung des Art. 259 H.-G.-B.[21]), die des §. 74 der Gew.-

18) Ebenso auch §§. 1070, 1073, 1079.

19) Insbesondere reicht §. 1323 („Zurückversetzung in den vorigen Stand") nicht aus, eine solche Anfechtbarkeit zu begründen.

20) Dagegen allerdings Frühwald Erläut. des St.-G.-B. S. 302 III., der den Dritten als des Vergehens mitschuldig erklärt und darum auch dessen Ersatzpflicht behauptet. Allein, obwohl §. 486 i. f. von den Mitschuldigen spricht, ist unser Fall daselbst nicht genannt, und nach §. 239 St.-G.-B. dürften die über Mitschuld und Theilnahme an Verbrechen geltenden Grundsätze nach der eigenthümlichen Natur dieses Vergehens umsomehr unanwendbar sein, als §. 486 cit. im Wesentlichen eine Reproduction des Hofd. v. 17. April 1847 Z. 12858 ist, in welchem (§§. 10, 11), da damals Mitschuld an schweren Polizeiübertretungen nicht strafbar war, ein Anhalt dafür, daß der Dritte, der Zahlung oder Bedeckung annimmt, strafbar sei, durchaus nicht zu finden ist. Die Praxis war allerdings schwankend; vgl. einerseits Entsch. G.-Z. 1866 Nr. 36 [= Sammlung V. Nr. 2398], andererseits G.-Z. 1871 Nr. 48 [= Schimkowsky III. Nr. 126]. Auch die weitere Behauptung Frühwald's ad §. 199 lit. f. St.-G.-B., der Thatbestand des §. 486 bilde dann ein Verbrechen (des Betrugs), wenn die in ihm genannten Handlungen in der Absicht gesetzt seien, die Gläubiger zu beschädigen, dürfte nicht haltbar sein. Die Absicht oder das Bewußtsein, Gläubiger zu verkürzen, möchte in den Fällen des §. 486 selten fehlen, und doch sagt der Paragraph nichts davon, daß sie dadurch zum Verbrechen werden. — Im Uebrigen vgl. Nowak über den Entwurf der neuen C.-O., G.-Z. 1868 Nr. 36, 37.

21) Betreffend die Verpflichtung des stillen Gesellschafters zur Rückzahlung der ihm innerhalb eines Jahres vor Eröffnung des Concurses über den Geschäftsinhaber ausgefolgten gesellschaftlichen Einlage oder zur Einzahlung des ihm in dem gleichen Zeitraume erlassenen Antheils an dem Verlust.

O. v. 20. Dec. 1859[22]) und die dieser correspondirenden Bestimmungen der Dienstbotenordnungen; endlich müßte noch als Ausnahme von der aufgestellten Regel der Fall eines offenbaren, dem Dritten zur Last fallenden Betrugs angesehen werden, da ein solcher (als Delict) die Ersatzpflichtigkeit jedem Beschädigten gegenüber begründet. An diesem Rechtszustand hat auch die Conc.-O. von 1868 nichts geändert.[23])

Da die aus der Schuldverletzung hervorgehende Ersatzschuld juristisch identisch ist mit der verletzten ursprünglichen Obligation, so wird sie auch mit der Klage aus dem ursprünglichen Rechtsverhältniß geltend gemacht.[24]) Aus dem nämlichen Gesichtspunkt regelt sich auch die Beweislast. Der Kläger hat lediglich die Existenz des ursprünglichen Rechtsverhältnisses und den durch die Nichterfüllung der Obligation erlittenen Schaden, nicht etwa auch[25]) das Verschulden des Beklagten zu beweisen; vielmehr ist es Sache des Beklagten, der da trotz der nicht erfolgten Erfüllung wegen unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistung (§. 1447) liberirt zu sein behauptet, die Richtigkeit dieser Behauptung und mithin seine Schuldlosigkeit darzuthun (§. 1298).[26]) Wegen dieser Identität der modificirten und der ursprünglichen Forderung stehen auch der ersteren die nämlichen Einwendungen entgegen, die der letzteren hätten entgegengesetzt werden können; ebenso erstreckt sich auf den Schadenersatzanspruch auch die für die ursprüngliche Obligation bestellte Sicherstellung[27]), und gelten für ihn die der ursprünglichen Forderung anklebenden Bevorzugungen und andere Privilegien. Tragen ferner mehrere Mitschuldner gemeinschaftlich Schuld an der Nichterfüllung ihrer Verbindlichkeit, dann sind für die Frage, ob sie für den Schaden solidarisch oder zur getheilten Hand haften, nicht die für Delicte diesfalls maßgebenden Momente (§. 1302), sondern es ist hiefür lediglich die Vorfrage entscheidend, ob ihre ursprüngliche Schuld eine solidarische oder eine getheilte war; danach richtet sich auch die Ersatzschuld (§. 1303).

---

22) Betreffend die Berechtigung des Gewerbetreibenden, einen ohne Servirzeugniß ausgetretenen und bei einem anderen Gewerbsmann eingetretenen Gewerbsgehilfen zurückzufordern. (Vgl. über diesen und verwandte Fälle oben I. S. 224.)

23) Sie bestimmt §. 24, daß die Frage, „inwiefern die von dem Gemeinschuldner vor der Concurseröffnung zum Nachtheile der Gläubiger unternommenen Rechtshandlungen wegen eines denselben zu Grunde liegenden hinterlistigen Einverständnisses als ungiltig angefochten oder Geschenke wegen Verkürzung der Gläubiger zurückgefordert werden können, nach den Grundsätzen des allg. bürgerl. Rechts zu beurtheilen" ist. [Erst das Gesetz vom 16. März 1884 hat die enge Regel des b. G.-B. durch viel weiter greifende Grundsätze ersetzt.]

24) Z. B. also mit der actio commodati.

25) Anders der auf Grund eines Delicts des Beklagten Ersatz fordernde Kläger.

26) So auch der Frachter, der die Fracht beschädigt oder unvollständig abliefert (H.-G.-B. Art. 395), der Verwahrer, dem die hinterlegte Sache entwendet wurde; er muß nachweisen, daß er dem Schaden durch die Sorgfalt eines ordentlichen (Geschäfts-) Mannes nicht vorbeugen konnte.

27) Pfand, Angeld; bei der Bürgschaft ist die Beschränkung des §. 1353 zu beachten.

Auch die Verjährung des Schadenersatzanspruchs auf Grund einer Schuldverletzung müßte von dem bezeichneten Gesichtspunkt[28]) aus in derselben Zeit vor sich gehen, wie die Verjährung der ursprünglichen Klage, also regelmäßig in 30—40 Jahren. In dieser Beziehung behandelt jedoch das b. G.-B. die Klage wegen Schuldverletzung genau so, wie die Delictsklage, d. h. es läßt sie in der Regel binnen drei Jahren von der Zeit an verjähren, wo der Schade dem Beschädigten bekannt geworden ist. Dies besagen die Eingangsworte des §. 1489: „Jede Entschädigungsklage.[29])" Doch ist die Frage sehr bestritten; mehrere Schriftsteller[30]) behaupten, §. 1489 beziehe sich nur auf Delictsklagen, denn nur diese seien wirklich Entschädigungsklagen, die Klagen aus Schuldverletzungen aber seien Klagen aus Contracten oder anderen speciellen obligatorischen Verhältnissen, und es müsse daher für die letzteren Klagen die für das ursprüngliche obligatorische Verhältniß maßgebende Verjährungszeit gelten. Allein es ist gar nicht einzusehen, warum Klagen auf Entschädigung wegen eines verletzten obligatorischen Verhältnisses nicht auch Entschädigungsklagen sein sollten, und es erscheint sonach als eine nicht gerechtfertigte einschränkende Interpretation, wenn man diesen im §. 1489 gebrauchten Terminus auf sie nicht mitbezieht. Unzweifelhaft trifft auch die ratio der kurzen Verjährungszeit[31]) bei den Klagen aus Schuldverletzungen genau ebenso zu, wie bei Delictsklagen. Gewiß folgt ferner aus der accessorischen Natur, die dem Ersatzanspruch oft innewohnt, noch nicht nothwendig, daß er mit dem Hauptanspruch auch hinsichtlich der Verjährung gleich behandelt werden muß, wie dies schon die kurze Verjährungszeit des (Vertrags- und Verzugs-) Zinsenanspruchs gegenüber der längeren Verjährungszeit des Capitalsanspruchs beweist (§. 1480). Endlich aber steht außer Zweifel, daß die Compilatoren des b. G.-B. bei dessen Bearbeitung vorzüglich das A.-L.-R. vor Augen hatten; dieses enthält nun (I. 6. §§. 54, 55) die Bestimmung, daß Delictsklagen binnen drei Jahren nach erlangter Kenntniß der Beschädigung verjähren, Klagen aus Schuldverletzungen hingegen der gewöhnlichen Verjährung unterliegen. Wenn nun das b. G.-B. einfach sagt: „Jede Entschädigungsklage erlischt nach drei Jahren" von dem Bekanntwerden des Schadens an gerechnet — so liegt wohl nichts näher als die Annahme, daß hier dem Worte „jede" eine Bedeutung beigelegt werden sollte, die sowohl die Klagen aus Delicten als jene aus Schuldverletzungen umfaßt.

---

28) Dem Gesichtspunkte der Identität der Ersatz- und der ursprünglichen Forderung.

29) So schon Zeiller IV. S. 249, Nippel IX. S. 118 fg., Winiwarter V. S. 242, Stubenrauch III. S. 747 fg., Ellinger ad §. 1489.

30) Scheidlein Misc. V. S. 126, (Sein Handbuch ad §. 1489 vertritt die entgegengesetzte Meinung), Unger II. S. 396 Note 31, Kirchstetter 2. Aufl. S. 698, Randa Haftung der Eisenbahnuntern. S. 26.

31) Nämlich die Schwierigkeit des Nachweises des Schadensbetrags nach Ablauf einer geraumen Zeit.

§. 339. Der Verzug (Mora).

Unter Verzug im Allgemeinen versteht man die Verspätung in der Vollführung einer Jemanden obliegenden Handlung. Der Verzug kann entweder im Verschulden des Zögernden liegen — subjective Mora[1]) — und in diesem Falle ist der Verzug nur eine besondere Richtung des Verschuldens[2]); oder der Verpflichtete ist an seiner Zögerung ganz schuldlos — objective Mora.[3]) Auch die letztere hat bestimmte juristische Wirkungen; dahin gehört das Wirksamwerden der lex commissaria, die Berechtigung des Gläubigers zum Pfandverkauf, die Verzugszinsen, die Auflösung des Bestandvertrages im Falle des §. 1118 b. G.-B., das Pfändungsrecht des Erbzinsherrn (§§. 1135, 1136) u. A.[4]) Wichtigere Wirkungen hat aber die subjective Mora.

Im Zweifel, ob objective oder subjective Mora vorliege, hat der Zögernde seine Schuldlosigkeit nachzuweisen — sog. excusatio a mora[5]) (§. 1298) — und dies auch dann, wenn ihn lediglich subjective Umstände z. B. entschuldbare Unkenntniß der Schuld oder ihres Betrages an dem rechtzeitigen Handeln gehindert haben. Doch bildet der Mangel der erforderlichen Geldmittel keinen ausreichenden Excusationsgrund der unterbliebenen Zahlung einer Schuld.[6])

Der Verzug ist entweder ein Verzug des Schuldners (mora solvendi) oder ein Verzug des Gläubigers (mora accipiendi).

I. Der Schuldner ist im Verzug, wenn er bei Schulden ohne bestimmten Fälligkeitstermin nach erfolgter gerichtlicher oder außergerichtlicher Mahnung (interpellatio) weder erfüllt, noch sich sonstwie mit dem Gläubiger abgefunden hat; bei Schulden mit bestimmter Zahlungszeit bedarf es keiner Mahnung, sondern der Schuldner ist im Verzug, sobald er den Zahlungstag nicht zuhält (dies interpellat pro homine)[7])

1) Von ihr handeln ohne Zweifel §§. 1154, 1409 b. G.-B. Unger in Haimerl's Vjschr. XIV. S. 120, 132.

2) Ob Culpa zur Mora gehöre, ist streitig. Dafür Savigny VI. S. 79 bis 83, Vangerow III. §. 588 S. 204 bis 206, Seuffert II. §. 245, Wolff z. L. v. d. Mora S. 252, Mommsen Beitr. I. S. 264 fg., Unger Syst. II. S. 545 Note 39 und a. a. O. S. 129, 130, Keller §. 252 (man muß eben sagen können: per eum stetit, quominus . . .); dagegen Schöman Schadenersatz II. S. 10 fg., Puchta Pand. §. 268 Note a, §. 269 Note h, Sintenis II. S. 195 fg., Holzschuher II/2. S. 223, 224; vgl. Arndts §. 251 bei und in Anm. 7.

3) Von ihr spricht §. 1334 b. G.-B. (v. „überhaupt"). Unger II. S. 546 Note 39.

4) Vangerow a. a. O. S. 203, 204.

5) Unger II. S. 546 Note 41, XIV. S. 130, 131.

6) Arndts a. a. O. Anm. 7.

7) Das röm. R. verlangt auch in Fällen dieser Art der Regel nach die Mahnung. Doch lehrten die älteren Schriftsteller durchgängig, es gelte die Regel dies interpellat . . . schon nach röm. R. und diese Meinung wird noch vertheidigt von Holzschuher S. 224 fg., Seuffert §. 245, Vangerow III. S. 206 fg. und Anderen. Dagegen aber Puchta §. 269, Sintenis II. S. 205 Anm. 7, Arndts §. 251 u. A. Aber auch die Letzteren pflegen zuzugeben, daß die Regel dies interpellat p. h. die Praxis für sich hat. Arndts Anm. 6, Keller §. 252.

§. 1334.[8])[9]) Und zwar beginnt der Verzug bei bestimmter Zahlungszeit, da dem Schuldner der ganze bestimmte Tag zu Statten kommt (§. 903), erst mit dem auf den Zahlungstag folgenden Tage, und auch bei unbestimmter Zahlungszeit gilt der Schuldner erst dann als säumig, wenn er bis zum Schlusse des Tages, an dem er gemahnt wurde, nicht erfüllt hat.[10]) Als Mahnung gilt auch die Anmeldung im Concurse (§. 17 C.-O. v. 1868), ferner die Einklagung („gerichtliche Mahnung" §. 1334), und zwar beginnt in dem letzteren Falle der Verzug nicht schon mit der Klaganstellung[11]), sondern erst mit der Behändigung der Klage.[12]) Kommt aber der Schuldner dadurch, daß er den bestimmten Zahlungstag versäumt, in Verzug, so muß er in diesem Falle auch dann in Verzug kommen, wenn der Gläubiger die Zahlung bei ihm nicht abgeholt hat; mit andern Worten, es ist der Regel nach Sache des Schuldners, dem Gläubiger die Zahlung anzubieten oder ihn von seiner Zahlungsbereitwilligkeit in Kenntniß zu setzen[13]); doch besteht von dieser Regel eine unzweifelhafte Ausnahme bei den Schulden aus Inhaber- und Ordrepapieren, weil bei diesen in fortwährender Circulation befindlichen Papieren der Schuldner regelmäßig nicht einmal wissen kann, wer zur Zahlungszeit sein Gläubiger ist; hier ist vielmehr der Gläubiger in mora, wenn er zur bestimmten Zeit die Zahlung nicht fordert.

Die Wirkung des schuldnerischen subjectiven Verzuges besteht darin, daß der Schuldner regelmäßig selbst durch die zufällig eingetretene spätere Unmöglichkeit der Erfüllung (§. 1447) von seiner Schuld nicht befreit wird, indem er nun dem Gläubiger auch für den Zufall haftet, welcher sich ohne den eingetretenen Verzug nicht ereignet hätte[14]) (§. 1311 b.

---

8) Demgemäß beginnt die Mora des Vermächtnißschuldners am gesetzlichen Zahlungstage (§. 685), ohne daß eine vorausgehende Aufforderung zur Zahlung Seitens des Legatars nothwendig wäre. Entsch. Spr.-Rep. Nr. 28 (G.-Z. 1872 Nr. 96), G.-H. 1871 Nr. 79 [= Sammlung X. Nr. 4748, IX. Nr. 4230]. Die Mora in Leistung des Ersatzes an denjenigen, der eine Verlassenschaftsgebühr für einen Anderen entrichtet hat (§. 1042), beginnt erst mit der Mahnung. Entsch. G.-Z. 1874 Nr. 45 [= Sammlung XII. Nr. 5329].

9) Diesem Ergebniß widersprechen die Worte des §. 1417 b. G.-B. insofern, als er besagt, daß bei Schulden ohne bestimmte Zahlungszeit die Zahlungsverbindlichkeit („die Verbindlichkeit, die Schuld zu zahlen") erst mit der Einmahnung beginne; allein die Zahlungsverbindlichkeit und mit ihr die Verjährung beginnt in Fällen dieser Art sofort mit der Existenz der Schuld (§§. 904, 1334); die Einmahnung ist nur erforderlich, um die Säumigkeit (den Verzug) des Schuldners zu begründen.

10) §. 1334 verb.: „nach dem Tage der . . . Einmahnung sich nicht . . . abgefunden hat."

11) So noch das Hofd. v. 15. Jänner 1787 lit. m (Wessely S. 314 Note *) und Entsch. G.-Z. 1859 Nr. 5 [= Sammlung II. Nr. 653]; aber dieses Hofd. ist aufgehoben. Unger II. S. 548 Note 43.

12) Unger II. S. 547. Vgl. Ges. v. 14. Juni 1868.

13) Dem steht auch der zweite Satz des §. 1420 b. G.-B. keineswegs entgegen. Vgl. auch Vangerow S. 220.

14) Arndts §. 251. Dies ist die sog. perpetuatio obligationis („Obligationsverlängerung", Kniep Mora des Schuldners II. S. 8 fg.). Gemeinrechtlich ist streitig, ob der Schuldner auch für einen Zufall hafte, der die Sache auch beim Gläubiger getroffen haben würde. Die Frage ist wohl zu verneinen; Vangerow III. §. 588,

G.-B.)[15]); — selbst wenn die Leistung aber nicht unmöglich geworden ist, muß der morose Schuldner allen durch seine Zögerung entstandenen Schaden vergüten (§§. 919, 1295). Ist die Schuld eine **Geldschuld**[16]), dann besteht diese Schadensvergütung regelmäßig in der Zahlung der Verzugszinsen (§. 1333) d. i. nach §. 995 4%, nach dem Gesetze v. 14. Juni 1868 6% [jetzt nach Ges. v. 15. Mai 1885 5%] Zinsen von der rückständigen Geldsumme; damit ist jedoch dem Gläubiger der Anspruch auf Ersatz eines weitergehenden Schadens und Gewinnstentganges, wenn er einen solchen erweisen kann, nicht benommen[17]); bezüglich der Verzugszinsen aber ist er insofern begünstigt, als er bis zum Betrage derselben jeden Beweises eines erlittenen Schadens enthoben ist, und selbst der Nachweis, daß der Gläubiger durch die verzögerte Zahlung gar keinen Schaden erlitten habe, vermag den Schuldner von der Zahlung der Verzugszinsen nicht zu befreien[18]); das Gesetz geht diesfalls eben von der Voraussetzung aus, daß der Gläubiger zu jeder Zeit Gelegenheit habe, sein Geld zu den landesüblichen Zinsen auszuthun.[19]) — Laufen bereits Vertragszinsen, so sind neben diesen im Falle des Verzuges nicht etwa auch noch Verzugszinsen aufzurechnen, wohl aber erhöhen sich die ersteren, wofern sie niedriger bestimmt waren, bis zum Betrage der Verzugszinsen[20]); werden sie aber eingeklagt, so können vom Tage der Klagsbehändigung von den eingeklagten Zinsen gleichfalls Verzugszinsen in der gesetzlichen Höhe gefordert werden (Ges. v. 14. Juni 1868 §. 3). Der Lauf der Verzugszinsen beginnt bei bestimmter Zahlungszeit mit dem auf den Zahlungstag folgenden Tage, bei unbestimmter Zahlungszeit nach dem Tage der außergerichtlichen Einmahnung oder der Klagsbehändigung. §§. 903, 1334 b. G.-B. Ges. v. 14. Juni 1868.

Nach östr. Recht gebühren übrigens Verzugszinsen auch bei objectivem Verzug des Schuldners[21]), und sie müssen daher auch von der Concursmasse (§. 17 C.-O.), sowie von dem Erben, der die Gläubigerconvocation erwirkt hat, entrichtet werden, obwohl beide das Recht haben, mit der Zahlung einstweilen „inne zu halten“ (§. 813 b. G.-B.). Im

---

Anm. 3, Puchta §. 268, Sintenis II. S. 193 fg., Savigny VI. S. 170 fg., bes. S. 188 fg. Ebenso nach östr. R. §§. 1311, 965, 338 b. G.-B.

15) Beispiele enthalten die §§. 338, 965, 1047, 1051 („Versehen“ b. G.-B.).

16) Daß dieser Rechtssatz nur von einer solchen gelte, besagt ausdrücklich das Hofd. v. 18. Jänner 1842 Nr. 592 J.-G.-S.

17) Arg. §. 1154: „. . . vollkommen zu entschädigen“; §. 1409: „haftet für die Folgen“. Unger XIV. S. 132, Kirchstetter S. 582. Doch ist die Frage bestritten, und wird die entgegengesetzte Ansicht vertreten von Randa G.-Z. 1869 Nr. 72 und Jaques Wuchergesetz S. 67. Die gleiche Streitfrage kehrt auch im röm. R. wieder. Vgl. Vangerow III. §. 571 S. 45 bis 49. Das gemeine Recht betreffend, entscheidet der Speyer'sche Dep.-Abschied v. 1600 §. 139, daß dem Gläubiger frei steht, ohne Rücksicht auf den Schaden die Zinsen zu begehren, oder sein Interesse zu liquidiren.

18) Randa G.-Z. 1869 Nr. 72.

19) Cohnfeld Lehre vom Interesse S. 110 fg., Randa a. a. O. Nr. 71.

20) Savigny VI. S. 139, Unger XIV. S. 133.

21) Doch vgl. Unger II. S. 546 Note 41.

Falle der Einklagung einer Geldschuld fallen also nach östr. Recht Proceß- und Verzugszinsen zusammen.[22])

Fällt bei einer Gesammtschuld nur Einem der Schuldner Verzug zur Last, so treten auch die Wirkungen der Mora nur gegen diesen ein (arg. §. 894).[23])

II. Ein Verzug des Gläubigers[24]) liegt vor, wenn ihm die fällige Leistung in gehöriger Weise, d. i. am gehörigen Orte, in rechter Art und von dem zur Leistung Berechtigten angeboten wurde, und er deren Annahme verweigert oder sie sonst verhindert hat.[25]) Eine solche Verhinderung liegt auch vor, wenn er zu der zur Leistung bestimmten Zeit abwesend ist, ohne für eine Vertretung Sorge getragen zu haben, oder wenn er die erforderlichen Anstalten nicht getroffen hat, ohne welche die Erfüllung nicht vor sich gehen kann. Die Verweigerung der Annahme muß mit Bestimmtheit erklärt sein[26]), nicht „im Sinne einer blos vorläufigen Meinungsäußerung", auch liegt eine bestimmte Weigerung nicht vor, wenn der Gläubiger spätere Annahme verspricht und der Schuldner sich damit zufrieden gibt. Wohl aber treffen die Folgen des Verzugs den Gläubiger selbst, wenn sein zur Annahme berechtigter Generalmandatar die Annahme verweigert — vorbehaltlich des Regreßanspruchs gegen den schuldtragenden Mandatar.

Auch der Verzug des Gläubigers ist ein subjectiver oder ein objectiver, je nachdem ihm diesfalls ein Verschulden zur Last fällt oder nicht.[27]) Der letztere Fall kann z. B. vorliegen bei einem Irrthum über die Existenz oder den Umfang der Forderung, bei einer Verhinderung am Erscheinen zur Uebernahme der Leistung durch vis major u. dgl.

Die Wirkung des gläubigerischen Verzuges besteht darin, daß der Schuldner verlangen kann, „daß die durch den Verzug des Gläubigers bewirkte Nichterfüllung ihm nicht zum Schaden gereiche"[28]); in diesem Sinne bestimmt auch §. 1419 b. G.-B., daß die daraus hervorgehenden Nachtheile dem Gläubiger zur Last fallen. Der Zufall trifft also von nun an den Gläubiger (§. 1311), so daß der zufällige Verlust des Leistungsgegenstandes, auch wenn dadurch die Leistung nicht unmöglich geworden ist[29]), den Schuldner befreit, ohne daß er dadurch des Anspruchs auf die allfällige Gegenleistung verlustig ginge; ferner haftet der Schuldner fortan nicht mehr für omnis culpa, sondern nur für dolus und lata culpa[30]), und er kann für die fernere Verwahrung oder sonstigen im Interesse des Gläubigers gemachten Aufwand Vergütung fordern.[31])

---

22) Savigny VI. S. 79—83., A. L.-R. I. 16 §. 15 fg., I. 11 §§. 827 bis 829.

23) Vgl. Arndts §. 251.

24) Vgl. Swoboda G.-Z. 1864 Nr. 77 und Erört. pract. Rechtsfälle S. 113 bis 119.

25) Arndts §. 251, Keller §. 253.

26) Windscheid §. 345 Note 5.

27) Windscheid Note 8.

28) Windscheid §. 346.

29) So im Falle des Verlustes der angebotenen und zurückgewiesenen Geldsumme.

30) Arg. §. 1061, der dem Verkäufer nur auferlegt, die Sache „bis zur Zeit der Uebergabe sorgfältig zu verwahren."

31) Arndts §. 251, Keller §. 253.

War der Schuldner bis dahin selbst in mora, so zahlt er fernerhin keine Verzugszinsen; von der Verpflichtung zur Bezahlung von Vertragszinsen wird er aber, wenn er nicht gerichtlich deponirt hat, nur befreit, wenn er beweisen kann, daß er die offerirte Summe seither zu Gunsten des Gläubigers aufbewahrt habe.[32])

Mit dem hervorgehobenen Satze, wonach durch den Verzug des Gläubigers die Gefahr auf ihn übergeht (§§. 1311, 1419), steht keineswegs im Widerspruch §. 1425 b. G.-B., der ebenfalls vom Uebergang der Gefahr handelt, diesen aber erst an die gerichtliche Deposition knüpft. Diese bewirkt nämlich den Uebergang der Gefahr nur da, wo nicht schon mora accipiendi vorliegt; sie ist nur zur Befreiung des Schuldners, nicht aber zur Herbeiführung der Folgen der mora accipiendi oder zur Hintanhaltung der Folgen der mora solvendi nothwendig.

Die eben angeführten Wirkungen treten nach östr. Recht auch bei objectivem Verzug des Gläubigers ein (§§. 1419, 1155); bei subjectivem Verzug ist der Gläubiger dem Schuldner auch für die anderweitigen nachtheiligen Folgen seiner widerrechtlichen Handlung verantwortlich.

§. 340. Zufällige Umänderung der Obligation durch Erweiterung oder Verminderung des Leistungsobjects.[1])

Der Gegenstand der Forderung kann durch Zufall vermindert werden, wenn durch den Zufall ein Theil der Leistung unmöglich geworden

---

32) L. 6, 9, 19 Cod. de usur. 4. 32. L. 7 D. eod. 22. 1. Vgl. Entsch. G.-H. 1868 Nr. 79 [= Samml. VI. Nr. 2979], Mommsen Beitr. III. S. 307, Unger revid. sächs. Entw. S. 58, Vjschr. a. a. O. S. 134, Keller Pand. §. 253.

33) Keller a. a. O.

1) In der Anerkennung des Grundsatzes: Commodum ejus esse debet, cujus est periculum stimmen zwar das röm. und das östr. R. im Allgemeinen überein; die Frage aber, ob Gefahr und Nutzen des Forderungsgegenstandes den Gläubiger oder Schuldner treffen, beantworten sie verschieden. Auf das östr. G.-B. ist der Grundsatz: Casum sentit dominus von großem Einfluß gewesen, eine Regel, an der auch einzelne ältere Romanisten (z. B. Thibaut Syst. §. 478) festhalten; die meisten derselben aber lehnen sie ab und lehren (über diesen allerdings sehr bestrittenen Gegenstand), daß die Gefahr sofort mit dem Abschluß des Kaufes oder Tausches auf den Uebernehmer übergehe, so daß, wenn die Sache vor der Uebernahme zufällig zu Grunde geht, das Kaufgeld (die Gegenleistung) dennoch zu entrichten ist, weil der Gegenstand der Gegenleistung ja nicht zu Grunde gegangen ist, und weil auch dann die gleiche Rechtslage vorhanden wäre, wenn die nun untergegangene Sache zur Zeit ihres Unterganges bereits übergeben gewesen wäre. (Vgl. z. B. Vangerow III. §. 591 S. 228 bis 238, Heimbach im Rechtslex. II. S. 533 fg., VII. S. 528, Puchta §. 302.) Rücksichtlich des periculum vermietheter Sachen und bei der Dienstmiethe (§§. 1104—1107, 1157, 1160) vertreten übrigens auch die Romanisten die im b. G.-B. recipirte Auffassung (Vangerow S. 239—241). Erst durch Berücksichtigung aller dieser Fälle bekommt §. 1447 i. f. sein volles Gewicht. — Vgl. nun zu dieser Lehre besonders F. Hofmann Ueber das Periculum beim Kaufe. Wien 1870, wo die romanistischen Sätze vom Kaufspericulum als Singularitäten nachgewiesen sind und den Principien des deutschen Rechts der Vorzug eingeräumt wird, allerdings aber auch zugestanden wird, daß die Entscheidungen des b. G.-B. zum Theil willkürlich und principlos sind.

ist. Wenn dadurch die Forderung nicht ganz aufgehoben wird (wie in den Fällen der §§. 1048, 1064[2]) und 1117[3]) allerdings eine völlige Aufhebung derselben eintritt)[4]), so ist der verbleibende Rest trotzdem zu leisten, da ja in der Regel für den Zufall nicht gehaftet wird (§. 1311). Besteht eine Verbindlichkeit zur Gegenleistung, so wird auch diese in der Regel verhältnißmäßig herabgemindert; ist sie bereits erfüllt, so kann consequent jener Theil, um welchen sie im vorigen Falle herabgemindert wäre, zurückgefordert werden (§. 1447 i. f.).[5]) Darum gebührt bei zufälliger Unterbrechung einer Arbeit[6]) dem Arbeiter nur der entsprechende Theil des Lohnes (§§. 1160, 1162), und bei theilweiser zufälliger Entziehung des Gebrauchs einer in Bestand genommenen Sache dem Bestandgeber nur der correspondirende Theil des Bestandzinses (§. 1105). Das Nämliche gilt auch beim Kauf oder Tausch einer bestimmten Sache, es sei denn, daß der Zufall die Sache erst nach eingetretener Traditionszeit[7]) getroffen habe, oder daß die vertauschten oder verkauften Gegenstände in Bausch und Bogen (per aversionem) behandelt worden wären (§§. 1049—1051, 1064).[8])

Umgekehrt kann der Forderungsgegenstand, unbeschadet seiner juristischen Identität eine zufällige Erweiterung erhalten durch Zuwachs und Nutzungen, die er seit dem Entstehen der Obligation erlangt bezw. abgeworfen hat. Natürlich ist dies nur bei solchen Forderungen denkbar, deren Gegenstand die Leistung einer bestimmten Sache (species) ist. Zuwachs im engeren Sinne[9]) ist, weil er einen Theil der Sache bildet,

2) Vor der bestimmten Uebergabszeit (bezw. vor der wirklichen Uebergabe §. 1051) eintretende Extracommercialität der bestimmten vertauschten oder verkauften Sache oder zufälliger Untergang derselben, ganz oder doch über die Hälfte am Werth.

3) Ein beträchtlicher Theil des Bestandstücks ist durch Zufall für längere Zeit entzogen oder unbrauchbar geworden.

4) Von den Fällen der Note 2 sagt das Gesetz, der Vertrag sei „für nicht geschlossen anzusehen"; von denen der Note 3: der Bestandnehmer sei berechtigt, „von dem Vertrage abzustehen".

5) Aus dieser Gesetzesstelle folgt wohl auch, daß, wenn der redliche Besitzer einer fremden Sache diese unter Umständen verkauft hat, unter welchen sie für den Eigenthümer verloren ist (z. B. §§. 367, 824 b. G.-B.), der letztere gegen den ersteren mit der condictio sine causa Herausgabe des erzielten Kaufpreises verlangen kann, obwohl sonst der redliche Besitzer nur nach §. 932 b. G.-B. haftet. Vgl. L. 23. D. de R. C. 12. 1 und Puchta §. 272.

6) Z. B. durch Eintritt schlechter Witterung, welche die Fortsetzung der Arbeit hindert.

7) Von dieser Zeit an soll nach dem Willen der Parteien die Gefahr den Uebernehmer gerade so treffen, wie sie ihn getroffen hätte, wenn er durch die Uebergabe zur verabredeten Zeit wirklich Eigenthümer geworden wäre. Es hat daher auch die nach der Traditionszeit eintretende theilweise Unmöglichkeit der Leistung keinen Einfluß auf das Quantum der geschuldeten Gegenleistung.

8) Schon nach §. 930 b. G.-B. entfällt beim Kauf per aversionem die Haftung für einzelne Abgänge. Ebenso auch nach röm. R. L. 35. §. 5 D. de C. E. 18. 1. Vangerow III. §. 635 S. 448 fg. Anders jedoch auch in diesem Falle nach östr. (nicht auch nach röm.) R., wenn die Verringerung die Hälfte des Werthes überschreitet.

9) Mit Ausschluß des in die Kategorie der (selbständig gewordenen) Früchte fallenden. — Ob auch der Schatz zum Zuwachs gehöre, ist gemeinrechtlich sehr bestritten. Vgl. Arndts §. 253, Anm. 2, Puchta Vorl. II. §. 272 S. 110.

immer mit herauszugeben (vgl. §. 961). Ebenso müssen Früchte (civile wie naturale) von der Zeit der Klagenzustellung an dem siegreichen Kläger herausgegeben werden (§§. 330, 338, 1437), aber dies beruht auf dem Einfluß des Proceßbeginnes, die Obligation an sich bringt es in der Regel nicht mit sich (§. 913 b. G.-B.).[10]) Nur soviel muß zugegeben werden, daß bei Forderungen mit bestimmter Verfallzeit die nach Ablauf derselben[11]) entstandenen Nutzungen dem Gläubiger gebühren.[12]) Hingegen gebühren bei einem Kauf oder Tausch einer Species ohne bestimmten Erfüllungstermin die Nutzungen dem Gläubiger erst von der Erfüllung[13]) an, also erst von jenem Zeitpunkte, in welchem seine Forderung erloschen ist (§§. 1051, 1064).[14])

Auf den Umfang der allfälligen Gegenleistung hat die Erweiterung der Forderung durch den Anspruch auf die Nutzungen den Einfluß, daß von dem nämlichen Zeitpunkte an, mit welchem dieser Anspruch eintritt, auch dem Gegentheile die von dem Gegenstande der Gegenleistung entfallenden Nutzungen gebühren.

§. 341. Zufällige Umänderung der Obligation durch Münzveränderung.

Die Münzveränderung kann eine Modification einer bestehenden Obligation erzeugen, wenn deren Gegenstand die Leistung einer Geldsumme ist. Die Münzveränderung ist entweder eine äußere oder eine innere, je nachdem sie nur in der Beilegung eines geänderten Nennwerthes, oder in der Aenderung des Gehaltes der Münze (Schrott und Korn) besteht. Die äußere Münzveränderung ist nur nominell, und hat daher in der Regel keinen Einfluß auf die Zahl der zum Zwecke der Erfüllung der Schuld zu entrichtenden bestimmten Geldstücke. So bestimmt §. 988 ausdrücklich rücksichtlich der Darlehensforderungen, und das Nämliche muß analog auf alle Geldforderungen angewendet werden.[1])

---

10) Wird eine vermiethete Sache verkauft, so ist der vom Verkäufer voraus erhobene Miethzins dem Käufer nicht (auch nicht pro rata temporis) herauszugeben: Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 44, vgl. auch ebenda 1852 Nr. 11, 20 [= Sammlung VI. Nr. 3013, Peitler 2. Aufl. Nr. 931, 932]; dazu G.-Z. 1852, Nr. 32, 55.

11) Die früher entstandenen kann der Schuldner behalten.

12) Darum hat der Legatar einer bestimmten Sache, die ihm gleich nach dem Tode des Erblassers übergeben werden soll (§. 685), Anspruch auf die seit dem Todestage entstandenen Nutzungen derselben (§. 686; vgl. auch rücksichtlich des Notherben: §. 786); darum gebühren auch bei Kauf und Tausch mit bestimmter Erfüllungszeit die nach derselben entstandenen Nutzungen dem neuen Erwerber (§§. 1050, 1064), und darum hat auch der undankbare Geschenknehmer, da durch den Undank seine Verbindlichkeit zu sofortiger Restitution eingetreten ist, von da an auch die Früchte der geschenkten Sache herauszugeben (§. 949).

13) Doch kommt es nur auf die Uebergabe, nicht auf die Intabulation an. Winiwarter IV. S. 256, Entsch. G.-Z. 1861 Nr. 32 [= Riehl III. S. 1245, wo aber statt „verfaßt" zu lesen ist: „verfacht"].

14) Anders, wenn der Schuldner im Verzug ist; vgl. den vorigen Paragraph. Ist der Gläubiger im Verzug, so bleibt es bei der Regel: Entsch. G.-H. 1864 Nr. 11 [= Sammlung IV. Nr. 1683].

1) Eine abweichende Bestimmung enthält das Pat. v. 27. April 1858 bezüglich gewisser älterer, in ihrem Nominalwerth herabgesetzter Münzen des Con-

Die innere Münzveränderung dagegen hat zur Folge, daß nun jene Zahl der mit verändertem Gehalte geprägten Münzen entrichtet werden muß, welche dem inneren Werthe der Gesammtzahl der ursprünglich geschuldeten Münzen entspricht.[2])

Sind in Folge der Münzveränderung die bestimmten zu entrichtenden Münzsorten ganz aus dem Verkehr gezogen worden, so ist die Zahlung in zunächst ähnlichen Geldstücken in solcher Menge zu leisten, daß der Gläubiger im Ganzen jenen Geldwerth erhält, der ihm gebührt (§. 989 b. G.-B.).

Einen mit dem eben besprochenen verwandten, aber nach anderen Grundsätzen zu beurtheilenden Fall der Modification einer Geldschuld bildet die Einführung des sog. Zwangscurses, d. i. die staatliche Festsetzung, wonach Jedermann gehalten sein soll, ein bestimmtes Papiergeld zu einem bestimmten Werthe anzunehmen. Dies ist dermal der Fall bei den Noten der östr.-ung. Bank, welche (Pat. v. 2. Juni 1848 Nr. 1157 J.-G.-S.) bei allen Zahlungen, welche nicht in Gold- oder in ausländischen Silbermünzen[3]) gebühren, in vollem Nennwerth anzunehmen sind, ferner (Ges. v. 15. Aug. 1866 Nr. 101 R.-G.-B.) bei den seit 1866 vom Staate emittirten Staatsnoten. Doch gilt eine Ausnahme von dieser Regel nach der M.-Vdg. v. 7. Febr. 1856 (Nr. 21 R.-G.-Bl.) zu Gunsten der seit Kundmachung dieser Vdg. in klingender Münze gegebenen[4]) Darlehen[5]), wenn die Rückzahlung ebenfalls in klingender Münze bedungen wurde. Durch diese Bestimmungen haben die vor dem 2. Juni 1848 entstandenen, auf inländische Silbermünze lautenden Geldforderungen die Modification erlitten, daß sich der Gläubiger mit Zahlung in Papiergeld begnügen muß. Auch die Verzichtleistung des Schuldners auf die ihm aus den erwähnten Gesetzen zukommende Begünstigung ist unwirksam, da an den auf öffentlichen Rücksichten beruhenden gesetzlichen Bestimmungen (absoluten Gesetzen) durch Privatübereinkommen nichts geändert werden kann.

Ähnliche, noch weitergehende Bestimmungen enthält das Finanzpatent vom 20. Febr. 1811, betreffend den Zwangscurs der sog. Einlösungsscheine.[6]) Darauf bezieht sich §. 986 b. G.-B. und Abs. IX. des Kundm.-Pat. zum b. G.-B.

ventionsfußes, z. B. der Silberzwanziger älteren Gepräges (nicht auch jener neueren Gepräges), der 10-, 5-Kreuzerstücke u. s. w.

2) Daher bedarf es zur Tilgung einer in C.-M.-Gulden contrahirten Schuld einer größeren Zahl von Guldenstücken östr. Währung, nämlich nach dem Verhältniß 100 : 105.

3) Zu diesen gehören auch die polnischen Gulden: Entsch. G.-Z. 1873 Nr. 94 [= Sammlung X. Nr. 4596].

4) Ohne diese Voraussetzung bliebe die Verabredung unwirksam.

5) Weiter geht Entsch. G.-H. 1869 Nr. 48 = G.-Z. 1869 Nr. 57 [= Sammlung VII. Nr. 3367]: Zulässigkeit der bei einem Kauf getroffenen Beredung auf Zahlung in Silber oder unter Aufzahlung des Agio in Banknoten. Vgl. Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 81 [= Sammlung VII. Nr. 3302]: Rückzahlung eines in Silber oder Banknoten gegebenen Darlehens in Gold bedungen.

6) Sie sind längst aus dem Umlauf gezogen.

Bei anderen vertretbaren Sachen[7]) hat eine später eintretende Preisänderung auf das Quantum und Quale dessen, was entrichtet werden soll, keinen Einfluß.[8])

§. 342. Zufällige Umänderung der Obligation durch Zwangsverkauf und Concurs.

Eine Modification der Schuld kann auch durch jene gerichtlichen Schritte herbeigeführt werden, welche die Unmöglichkeit der Befriedigung aller Gläubiger des Schuldners im Gefolge zu haben pflegt bezw. aus denen diese erhellt.

1) Der Concurs hat für zweiseitig verbindliche Geschäfte, wodurch sich der Gemeinschuldner zu einer positiven, jedoch nicht zu einer Geldleistung verpflichtet hat, die Folge, daß die Concursmasse, wenn sie nicht die Naturalleistung vorzieht, nur zur Entschädigung verpflichtet ist (C.-O. §. 22 lit. b. c.). Die gleiche Umwandlung in eine Geldentschädigungsforderung tritt auch bei intabulirten Naturalrenten ein, wenn der Erlös des im Concurswege verkauften Gutes des Gemeinschuldners zu deren vollständiger Deckung nicht zureicht (§§. 15, 34, 182 und arg. §. 32 C.-O.).

2) Der Zwangsverkauf eines unbeweglichen Gutes hat zur Folge, daß an Stelle der Fortsetzung eines darauf intabulirten Bestandvertrags eine Forderung auf angemessene Geldentschädigung tritt (§. 1121 b. G.-B.). Im Falle des Concurses hat diesfalls auch der freiwillige Verkauf die Wirkung eines Zwangsverkaufs (C.-O. §. 23).

§. 344. Erfordernisse der Zahlung.

Wie das röm. Recht unter dem Begriffe solutio, so versteht auch das b. G.-B. unter dem Begriffe Zahlung nicht nur eine Geldzuzählung, sondern überhaupt die Erfüllung einer Schuld (§. 1412).[1]) In ihr liegt die ordnungsmäßige Erlöschungsart der Forderungen, zugleich enthält sie die Ausübung derselben. Sie muß aber, um die Erlöschung der Forderung herbeizuführen, gewissen Erfordernissen rücksichtlich des Objects, der Subjecte, des Ortes und der Zeit genügen.

1) Hinsichtlich des Objects gilt die Regel, daß genau dasjenige zu leisten ist, was den Gegenstand der Forderung ausmacht; etwas anderes anzunehmen, ist der Gläubiger nicht verpflichtet, und etwas anderes zu leisten der Schuldner ohne Zustimmung des Gläubigers nicht berechtigt (§. 1413). Das römische beneficium dationis in solutum ist somit im östr. Recht[2]) nicht recipirt. Wird aber kraft beiderseitigen Uebereinkom-

---

7) Bei allen, die nicht Geld sind.

8) Ausdrücklich gesagt ist es allerdings im §. 992 nur von Darlehensforderungen dieser Art.

1) Jede Zahlung ist ein vertragsmäßiger Act, nicht nur die Tradition als eine Species der Zahlung. Vgl. Unger II. S. 170 Note 5.

2) Es war auch dem älteren röm. R. fremd. Erst Justinian erlaubte dem Schuldner, wenn er sich das zur Zahlung erforderliche Geld nicht verschaffen konnte, dem Gläubiger Grundstücke nach gerichtlicher Schätzung aufzudringen. Das Nähere bei Arndts §. 222, Keller §. 264.

mens statt des ursprünglichen Forderungsgegenstandes etwas anderes geleistet, so ist allerdings auch hiedurch die Forderung getilgt; diese Art der Tilgung heißt (die freiwillige) Leistung an Zahlungsstatt (datio in solutum)[3]), und wird als entgeltliches Geschäft angesehen (§. 1414). Damit ist gesagt, daß auch hier die Grundsätze von der Gewährleistung und von der Haftung wegen Verletzung über die Hälfte zur Anwendung zu kommen haben. Es kann daher der Gläubiger, wenn die an Zahlungsstatt gegebene Sache ihm abgestritten (evincirt) wird, die datio in solutum als nicht geschehen betrachten, und seine Forderung, die schon erloschen schien, noch immer geltend machen (§. 932).[4]) Ebenso ist, wenn der Schuldner dem Gläubiger eine Forderung an Zahlungsstatt cedirte, und diese sich als unrichtig oder uneinbringlich erweist, die ursprüngliche Forderung des Gläubigers als noch fortbestehend anzusehen[5]) (A. G.-O. §§. 314, 317 bis 319[6])). Die Leistung an Zahlungsstatt ist hiernach eine bedingte Tilgung der Schuld (vgl. Grundr. §. 343 bei Note 1). Von der Novation unterscheidet sich das diesbezügliche Uebereinkommen[7]) darin, daß durch dasselbe weder eine neue Forderung erzeugt, noch die vorige getilgt[8]), sondern dem Schuldner nur die Berechtigung zu einer verschiedenen Art der Tilgung der Schuld eingeräumt wird.[9]) Zur Leistung an Zahlungsstatt rechnet das b. G.-B. (§. 1414) auch den Fall, wenn die eigentlich geschuldete Leistung unmöglich geworden ist; allein mit Unrecht; denn da bei zufällig eingetretener Unmöglichkeit der Leistung die Forderung untergeht[10]) (§. 1447), so kann das Gesetz nur die verschuldete Unmöglichkeit der Leistung im Auge haben; in diesem Falle wird ja aber die ursprüngliche Forderung in eine Forderung auf Ersatzleistung (§. 1323) umgeändert (oben §. 338), und wenn sodann diese Ersatzleistung erfolgt, so ist sie nicht Leistung an Zahlungsstatt, sondern eigentliche Zahlung, da sie die Leistung des jetzt wirklich Geschuldeten enthält.[11]) Uebrigens

---

3) Vgl. Römer Die Leistung an Zahlungsstatt. Tübingen 1860, Thöl Handelsrecht. 3. Aufl. §. 120, Arndts §. 222. Ausführliche Bestimmungen darüber im A. L.-R. I. 16.

4) Der Gläubiger hat nicht nur seines Schadens wegen einen Ersatzanspruch, sondern er kann, wie bei allen der Gewährleistung unterliegenden Geschäften, wenn das Geleistete dem Zwecke nicht entspricht, Umstoßung des Geschäfts verlangen. Ebenso nach röm. R. Arndts §. 222. — A. A. Kirchstetter S. 619.

5) Anders Pl.-Entsch. G.-Z. 1872 Nr. 84 [= Sammlung X. Nr. 4574], welche in der Cession an Zahlungsstatt einen Neuerungsvertrag erblickt und die Forderung des Gläubigers (Cessionars) schon im Momente der Cession als erloschen betrachtet.

6) Die cit. Paragraphen der A. G.-O. stellen die executive Einantwortung einer Forderung des Schuldners an seinen Gläubiger unter den Gesichtspunkt der datio in solutum. Dagegen Pfaff G.-Z. 1868 Nr. 83 Note 105, der den Fall vom Gesichtspunkte des dem Pfandgläubiger ipso jure zustehenden jus exigendi erklärt.

7) Auch die datio in solutum selbst (man denke an den Fall, daß der Schuldner ohne vorausgegangenes Uebereinkommen dem Gläubiger statt der geschuldeten Sache eine andere zusendet und dieser sie annimmt) ist nur Erlöschungsart der Forderung.

8) Beides geschieht durch die Novation.

9) Eine Verpflichtung dazu wird ihm nicht aufgelegt.

10) Anders nur bei Auflagen (§. 710 b. G.-B.)

11) Danach darf §. 1414 verb.: „oder weil die Zahlung selbst unmöglich ist" als bedeutungslos angesehen werden.

ist insofern jede Zahlung ein entgeltliches Geschäft, als der Gläubiger gegen die Empfangnahme der Leistung seine bisherige Forderung aufgibt. Daher findet bei der solvendi causa vor sich gehenden Leistung einer bestimmten Sache auch immer eine Gewährleistungspflicht Platz, mag es sich um die Erfüllung eines entgeltlichen oder eines unentgeltlichen Geschäfts handeln.[12])

Von der Regel, daß der Schuldner nicht berechtigt ist, statt dessen, was er schuldet, etwas anderes zu leisten, besteht eine Ausnahme in jenen wenigen Fällen, in denen ihm dieses vom Gesetze ausdrücklich eingeräumt wird (bei den sog. facultativen Rechten); so in den Fällen der §§. 466, 520, 693, 934. (Unger I. S. 494.)

Aus dem Grundsatze, daß der Gläubiger nicht genöthigt werden kann, etwas anderes, als die ihm gebührende Leistung anzunehmen, folgt, daß ihm auch nicht zugemuthet werden kann, anstatt der ganzen Zahlung, auf welche sein Recht geht, Stückzahlungen anzunehmen[13]) (§. 1415).

Ist der Gegenstand der Forderung hinsichtlich des Maßes, des Gewichts oder der Geldsorten zweifelhaft, so ist hiefür der Ort maßgebend, an welchem die Zahlung geschehen soll (§. 905). Dies gilt insbesondere auch für die Währung. Daher bestimmt das Pat. v. 27. April 1858 (Nr. 63 R.-G.-B.) §. 4, daß bei Zahlungen, welche im Inlande stattfinden sollen, ohne daß die Währung festgesetzt worden wäre, die östr. Währung zu verstehen ist.[14])

2) Bezüglich der Subjecte gilt die Regel, daß nur vom Schuldner und nur an den Gläubiger giltig Zahlung geleistet werden kann. Es ist also allerdings davon auszugehen, daß ein Dritter nicht mit der Wirkung anstatt des Schuldners zahlen kann, daß dadurch die Verbindlichkeit erlischt. Genauer aber sind hier zwei Fragen zu unterscheiden:

a) Vorerst fragt sich, ob der Gläubiger überhaupt die von einem Dritten angebotene Zahlung annehmen müsse, oder ob er sie, ohne von einem Rechtsnachtheil getroffen zu werden, ablehnen könne? Die Beantwortung dieser Frage hängt nach östr. Recht[15]) im Allgemei-

---

12) Vgl. Kirchstetter S. 619.

13) Vgl. Arndts §. 219. Ausnahmen im Handels- und Wechselrecht.

14) Darüber, daß der Gläubiger sich statt klingender Münze regelmäßig mit Papiergeld begnügen muß, s. oben §. 341.

15) Die Frage, ob der Gläubiger die ihm von einem Dritten angebotene Leistung annehmen müsse, wird sehr verschieden beantwortet. Das röm. Recht bejaht sie rundweg, vorausgesetzt, daß die Leistung so beschaffen ist, daß es dabei auf die Person des Leistenden nicht ankommt (z. B. eine Geldzahlung), ohne zu unterscheiden, ob auch des Schuldners Zustimmung vorliegt, oder nicht; ja selbst des Schuldners Widerwille ändert daran nichts (L. 72. §. 2. D. de solut. 46. 3. Windscheid II. §. 342 Nr. 5, der Note 42 dazu bemerkt, es wäre offenbar Chikane von Seiten des Gläubigers, wenn er eine Leistung zurückweisen wollte, welche ihm ganz dasselbe gewährt, wie das, was er durch die Leistung des Schuldners haben würde). Auch das A. L.-R. I. 16 §. 49 entscheidet wie das röm. R., nur enthebt es den Gläubiger (§. 51) von der Verpflichtung der Annahme, wenn sich Gläubiger und Schuldner der Zahlung durch den Dritten widersetzen. In der That aber ist zu beachten, daß dem Gläubiger sehr wohl daran gelegen sein kann, daß es noch nicht zur Zahlung komme, wie z. B. wenn es sich um ein

nen[16]) davon ab, ob die Zahlung Seitens des Dritten mit oder ohne Einverständniß des Schuldners angeboten wird. Im ersten Falle muß der Gläubiger die Zahlung annehmen, d. h. er kömmt durch deren Ablehnung in Annahmsverzug; im zweiten Falle kann ihm in der Regel die Zahlung von dem Dritten nicht aufgenöthigt werden (§§. 1422, 1423). Eine Ausnahme bildet das jus offerendi (§. 462), welches zum Zwecke der Einlösung der Forderung, wegen welcher die Feilbietung angesucht worden, jedem auf dem Gute eingetragenen Pfandgläubiger auch ohne Zustimmung des Schuldners zusteht. — Daß aber der Gläubiger überall, auch ohne Zustimmung des Schuldners, die von dem Dritten angebotene Zahlung, wenn er selbst damit einverstanden ist, annehmen kann, ist selbstverständlich (§. 1423).

b) Die Wirkung der von dem Dritten für den Schuldner geleisteten Zahlung[17]) besteht, wenn dieser Zahlende der Bürge war, unzweifelhaft

---

fruchtbringend anliegendes Capital handelt, und man wird in seiner Ablehnung der von einem unberufenen Dritten angebotenen Zahlung in solchen Fällen kaum mit Grund eine Chikane erblicken können. Darum verpflichtet der Cod. civ. Art. 1235 den Gläubiger zur Annahme der von einem Dritten angebotenen Zahlung nur dann, wenn dieser entweder im eigenen Interesse zahlen will (z. B. als Mitschuldner oder Bürge), oder wenn er, wo er dies nicht im eigenen Interesse thut, im Namen des Schuldners die Zahlung anbietet, oder zwar im eigenen Namen, aber ohne in die Rechte des befriedigten Gläubigers eintreten zu wollen; will Jemand außer diesen Fällen und in der Absicht, die Forderung selbst zu erwerben, zahlen, so bedarf er der Zustimmung des Gläubigers (Art. 1250 Nr. 1). An diese Bestimmung des franz. R. lehnt sich das östr. G.-B. an. — Ueber directe und indirecte Zahlung (Leistung) überhaupt vgl. oben I. S. 376.

16) Im Einzelnen kommt es selbstverständlich auch nach östr. R. auch auf die Qualität der fraglichen Leistung an; Leistungen, die so, wie sie geschuldet werden, nur vom Schuldner selbst prästirt werden können (höchst persönliche Leistungen), müssen von ihm persönlich vollzogen werden; bei anderen steht es dem Schuldner unbedingt (wie z. B. bei Geldzahlungen) oder ausnahmsweise (§§. 1010, 1161 b. G.-B.) frei, sie durch einen anderen zu verrichten.

17) Die Wirkung einer solchen Zahlung kann an sich entweder die sein, daß die Schuld völlig erlischt, oder daß die Forderung auf den Zahlenden übergeht, oder endlich, daß trotzdem die Forderung (zunächst) noch immer eine Forderung des (befriedigten) Gläubigers bleibt. Das röm. R. (pr. J. quib. mod. obl. toll. 3. 29 (30) geht der Regel nach den ersteren Weg: es läßt den Schuldner frei werden, mag gezahlt haben, wer da will; doch kann der zahlende Dritte, wenn er bezahlen mußte, von dem Gläubiger die Klagenabtretung verlangen. Die Cession muß aber „vor der Zahlung verlangt werden, weil ja durch die Zahlung die Klage vernichtet werden, und also kein Object für die Cession mehr vorhanden sein würde. Doch ist nicht die wirkliche Vornahme der Cession zu jener Zeit erforderlich, sondern es genügt die Erklärung, daß man die Cession verlange," da unter dieser Voraussetzung die Zahlung nicht als Schuldtilgung, sondern als Leistung des Entgelts für die abgetretene Forderung betrachtet wird. (Vangerow III. §. 574 S. 124 Nr. 5; L. 76. D. de solut. 46. 3.) Eine Ausnahme gilt im Falle der Zahlung durch den Bürgen; sie wird (L. 36. D. de fidejussor. 46. 1) als Kauf der Forderung und daher als ipso jure deren Uebergang an den Zahler wirkend angesehen. (Savigny IV. S. 131, 149, Arndts §. 219). Dem röm. R. am nächsten steht das französische; nach ihm bewirkt die Zahlung des Dritten ipso jure den Uebergang der Forderung an den Zahler nur in den Fällen des Art. 1251 cod. civ., insbesondere wenn der Bürge oder Mitschuldner zahlt; in anderen Fällen wird durch die Zahlung des Dritten die Schuld getilgt, daher

in dem ipso jure erfolgenden Uebergange der Forderung an den Bürgen (§. 1358).[18]) In anderen Fällen[19]) unterscheidet das östr. Recht, ob die Zahlung im Einverständniß mit dem Schuldner oder ohne ein solches erfolgte. Beiden Fällen ist zwar gemein[20]), daß der Zahlende von dem Gläubiger die Abtretung der Forderung verlangen kann und der Gläubiger dieselbe nicht verweigern darf[21]); der Unterschied in der rechtlichen Behandlung der beiden Fälle ist aber der, daß der Zahlende, der im Einverständnisse[22]) mit dem Schuldner die Zahlung leistet, die Cession

Art. 1250 Nr. 1 bestimmt, daß, wenn der Zahler die Forderung erwerben will, die Cession zugleich mit der Zahlung geschehen muß — eine Bestimmung, die unzweifelhaft nur aus der Annahme erklärt werden kann, daß nach der Zahlung kein Recht mehr cedirt werden kann, weil keines mehr besteht. Anders das preuß. L.-R., nach welchem die Zahlung durch den Dritten in der Regel nur als Erwerb der Forderung gilt. In diesem Sinne läßt I. 14 §. 338 die Forderung gegen den principalen Schuldner von selbst (ohne daß eine besondere Cession nothwendig wäre) auf den zahlenden Bürgen übergehen; das Gleiche gilt (I. 16 §. 46) als Regel auch in anderen Fällen; einer besonderen Cession bedarf es nur, wenn der bezahlten Forderung gewisse Vorrechte ankleben, oder dieselbe durch Pfand oder Bürgschaft bedeckt ist (I. 16 §§. 47, 48).

18) Vgl. Nippel VIII/1. S. 278 fg. Der Grund dieses Uebergangs liegt darin, daß die Forderungen gegen den Hauptschuldner und den Bürgen mit den Forderungen mehrerer Gesammtschuldner insofern auf einer Linie stehen, als die einmalige Zahlung oder sonstige Befriedigung jeden der mehreren Mitverpflichteten dem Gläubiger gegenüber befreit. Der zahlende Bürge kann also vom Gläubiger keine Abtretung der Forderung gegen den Hauptschuldner verlangen, weil durch seine Zahlung auch des Gläubigers Forderung gegen den Hauptschuldner untergegangen ist. Es bleibt darum hier nichts anderes übrig, als die Forderung ipso jure auf den Zahlenden übergehen zu lassen.

19) Entsch. G.-Z. 1866 Nr. 37 [= Sammlung V. Nr. 2381] will auch in anderen Fällen den §. 1358 zur Anwendung bringen, und somit den Uebergang der Forderung ipso jure eintreten lassen, so daß die Abtretungspflicht des §. 1422 nur auf die Ausstellung der Cessionsurkunde und die Herausgabe der Schulddokumente zu beziehen wäre. (Ist vielleicht von dieser Auffassung auch G.-B.-G. §. 39 beeinflußt?) — Vgl. aber Entsch. G.-Z. 1873 Nr. 16 [= Sammlung X. Nr. 4777]: Wenn der Käufer eines Gutes die darauf haftende Schuld des Verkäufers übernimmt und bezahlt, so erlischt sie; die Forderung kann ohne besondere Cession nicht auf ihn übergehen.

20) Dies ist der Punkt, an welchem das östr. Recht vom röm. abweicht, das (Note 17) den Gläubiger nur dann zur Abtretung verpflichtet, wenn der Dritte zahlen mußte.

21) Die Cession ist also eine cessio necessaria, daher denn auch der Cedent (abgesehen vom Falle des dolus) für die Richtigkeit und Einbringlichkeit der cedirten Forderung nicht haftet (§§. 1422, 1423).

22) Zahlung im Einverständniß mit dem Schuldner und Zahlung im Namen des Schuldners sind nicht identisch. Der erstere Fall begreift viel mehr in sich, als der letztere: er umfaßt: a) die Zahlung im Namen und mit Zustimmung des Schuldners, wobei zu beachten ist, daß die vom negotiorum gestor geleistete Zahlung dieser Zustimmung entbehrt, wenn sie auch im Namen des Schuldners geleistet wird, daher sie unter §. 1423 fällt; b) die Zahlung im eigenen Namen, aber ohne die Absicht, die Forderung zu erwerben, wie namentlich, wenn der Dritte animo donandi zahlt; endlich c) die Zahlung im eigenen Namen und in der erklärten Absicht, die Forderung zu erwerben. Nach östr. Recht muß der Gläubiger die Zahlung des Dritten annehmen, nach Art. 1235 cod. civ. dagegen nur in den beiden ersten. — Aehnliche drei Fälle können sich auch ergeben, wenn der Dritte ohne Einverständniß des Schuldners zahlt.

nur vor der Zahlung begehren kann[23]), während er, wenn er ohne Einverständniß des Schuldners zahlt, dieses Begehren auch noch nach der Zahlung stellen kann.[24]) Dieser Unterschied ergibt sich a contr. aus §. 1423, der nur in dem Falle des mangelnden Einverständnisses des Schuldners die Abtretung auch nach geleisteter Zahlung zu fordern gestattet, ein Beweis, daß da, wo die Zahlung im Einverständniß mit dem Schuldner geleistet wurde, das Cessionsbegehren nach der Zahlung nicht mehr erfolgreich gestellt werden kann.[25])[26])

---

23) Hier gilt nämlich die Zahlung des Dritten im Zweifel, nämlich wenn sich der Zahler über seine Absicht nicht weiter erklärt hat, als Tilgung der Schuld, weil geleistet im Namen des Schuldners; hat aber der Zahler vor oder bei der Zahlung seine Absicht, die Forderung zu erwerben erklärt, dann erscheint die Zahlung als Kauf der Forderung und der Zahler kann daher verlangen, daß ihm der Gläubiger anstatt einer Quittung eine Cession ausstelle. Und zwar kommt es darauf an, daß jene Absicht spätestens bei der Zahlung erklärt sei; wo dies zutrifft, kann die Cession auch noch nach der Zahlung erfolgen; wo aber Zahlung geleistet wurde, ohne daß diese Absicht der Erwerbung der Forderung erhellte, da kann von einer Cession weiterhin nicht mehr die Rede sein, weil die Forderung durch die Zahlung bereits erloschen ist.

24) Hier gilt die Zahlung nicht als Schuldtilgung; und da sie auch nicht ipso jure den Forderungsübergang auf den Zahlenden zur Folge hat (oben Note 18, 19), so erlangt der Zahlende nur einen Anspruch auf Cession der Forderung; diesen kann er aber jederzeit, also auch noch nach der Zahlung geltend machen.

25) Aus dem Gesagten erhellt zugleich, daß in allen Fällen, in welchen die Zahlung des Dritten weder als Schuldtilgung erscheint, noch ipso jure den Uebergang der Forderung auf den Zahlenden im Gefolge hat, die Forderung bis zur wirklichen Abtretung an den Zahlenden (welche bei verbrieften Forderungen erst durch die Uebergabe des Schuldscheins erfolgt, §. 427) noch immer eine Forderung des (befriedigten) Gläubigers bleibt, die gegen den Schuldner an sich aufrecht besteht. Der Zahlende aber hat durch seine Zahlung unzweifelhaft das Recht erworben, von dem Gläubiger zu verlangen, daß er die Forderung gegen den Schuldner nicht geltend mache, und kann dieses Recht auch dem Schuldner abtreten.

26) Die Ansichten der östr. Schriftsteller über Sinn und Tragweite der §§. 1358, 1422, 1423 sind sehr divergirend und zum Theil unklar. Scheidlein will auch in den Fällen der §§. 1422, 1423 die Forderung von selbst an den Zahlenden übergehen lassen, und meint, daß nur die Behelfe und Sicherstellungsmittel abgetreten werden müssen; Winiwarter spricht zwar ad §. 1422 nur von einer Verbindlichkeit zur Cession, hält aber (V. S. 8) den §. 1358 für übereinstimmend; Stubenrauch III, S. 587, 654 f. und Kirchstetter S. 635 fg., 662 fg. verstehen, soweit übereinstimmend mit der im Text vertretenen Ansicht, den §. 1358 nur von der Zahlung der Intercedenten; allein Stubenrauch nimmt an, der Schuldner werde auch in den Fällen der §§. 1422, 1423 dem Gläubiger gegenüber ebenso liberirt, als habe er selbst gezahlt, nur sei der Gläubiger verpflichtet, dem Zahler sein Recht abzutreten, was doch nur heißen kann: der Schuldner werde nicht befreit, sondern bekomme nur einen anderen Gläubiger; und Kirchstetter meint, die Cession könne auch im Falle des §. 1422, wie in dem des §. 1423 ebensowohl nach als vor der Zahlung verlangt werden, wozu es wieder wenig paßt, wenn er Note 2 bemerkt, daß eigentlich von einer Abtretung zu einer Zeit, da der Gläubiger bereits befriedigt ist, nicht mehr die Rede sein könne, daher man sich den Zahlenden als kraft gesetzlicher Bestimmung in die Rechte des Gläubigers succedirend vorstellen müsse. Auch Unger II. S. 136 und Note 27, S. 196 und Note 27, 29 vertritt die romanistische Auffassung, indem er den Schuldner durch die Zahlung des

Zahlen kann in der Regel nur, wer über sein Vermögen frei verfügen kann. Hat ein Schuldner, der nicht die volle Handlungsfähigkeit hat, gezahlt, so ist zwar, wie das Gesetz sagt (§. 1421), die Zahlung wirksam, wofern die Schuld richtig und fällig ist, und nur, wo es an den eben genannten Voraussetzungen fehlt, kann das Bezahlte zurückgefordert werden; allein mit dieser Bestimmung des Gesetzes ist nur das practische Ergebniß richtig bezeichnet; gedankenmäßig ist vielmehr die Zahlung auch einer richtigen und verfallenen Schuld durch einen Handlungsunfähigen nichtig, und kann eine solche Zahlung mit der condictio sine causa zurückgefordert werden; da jedoch damit selbstverständlich auch die Schuld wieder als eine unverändert wirksame erschiene[27]), so steht der Zurückforderung die exceptio doli entgegen, und insoferne bleibt somit die von dem Handlungsunfähigen geleistete Zahlung allerdings wirksam.[28]) Vom Cridatar ist (C.-O. §. 3 a. E.) ausdrücklich bestimmt, daß er auch eine richtige und fällige Schuld nicht ohne weiteres wirksam abtragen kann; eine von ihm geleistete Zahlung ist vielmehr nur insoweit giltig geleistet, als der bezahlte Betrag dem befriedigten Gläubiger bei der Vertheilung der Masse hätte zugewiesen werden sollen; was darüber hinaus bezahlt wurde, kann die Masse zurückfordern.

Gezahlt werden kann im Allgemeinen nur an den Gläubiger, an seinen zum Empfang geeigneten Vertreter (insbesondere seinen Machthaber), oder an denjenigen, dem die Zahlung zu leisten der Gläubiger ausdrücklich gestattet hat (den solutionis causa adjectus)[29]); ist die Gläubigerschaft streitig, so muß der Schuldner demjenigen zahlen, der gerichtlich als Gläubiger anerkannt worden ist (§. 1424). Ausnahmsweise ist aber auch die Zahlung an denjenigen wirksam, den man für den Gläubiger hält,

---

Dritten, die dieser nicht als Stellvertreter des Schuldners leistet, frei werden läßt, während er I. S. 600 und Note 17 von dem Uebergang der Forderung sammt Pfandrecht und Bürgschaft an den Zahlenden spricht, was doch nur bedeuten kann, der Schuldner werde nicht frei, sondern wechsle nur seinen Gläubiger.

27) Dolo facit, qui petit, quod redditurus est.

28) Vgl. Vangerow I. §. 87, S. 594, 595, Unger II. S. 29. Diese Construction ist nicht ohne practische Bedeutung; sie entscheidet über die Beweislast bei der Rückforderungsklage des §. 1421, indem der Beweis darüber, daß die Schuld richtig und fällig war, dem Beklagten aufzulegen ist. Dagegen aber allerdings Entsch. G.-Z. 1865 Nr. 46 = G.-H. 1865 Nr. 48 [= Samml. V. Nr. 2106].

29) Der Adjectus als solcher ist nicht Mandatar: dem Schuldner ist das Recht, an ihn zu zahlen, in ähnlicher Weise zuständig, wie ihm in einer alternativen Obligation das Recht der Wahl zwischen der Leistung A oder der Leistung B eingeräumt sein kann; wie der Gläubiger in diesem Falle dem wahlberechtigten Schuldner sein Wahlrecht nicht verkümmern kann, so kann er dem Schuldner auch das ihm eingeräumte Recht, an den adjectus zu zahlen, durch Widerruf nicht entziehen. Der Adjectus ist aber auch nicht Gläubiger des Schuldners, da der Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner ohne seine Intervention geschlossen wurde; daher hat zwar der Schuldner das Recht, an den Adjectus zu zahlen, nicht aber hat der Adjectus das Recht, den Schuldner auf Zahlung zu klagen. Wohl aber muß der Adjectus die in Empfang genommene Zahlung an den Gläubiger abführen, da er sie auf dessen Rechnung empfängt. Vgl. Vangerow §. 582, S. 185—189.

obwohl er es in Wahrheit nicht ist; dies trifft zu im Falle des §. 1395, nämlich bei der vom Cessus an den Cedenten nach erfolgter Cession, aber noch vor der Certioration geleisteten Zahlung[30]), ferner bei Zahlungen an den redlichen Besitzer der Forderung.[31]) Diese Fälle lassen aber keine Ausdehnung zu; es kann daher die Zahlung an denjenigen, der eine falsche Cessions- oder Vollmachtsurkunde überbringt, den Schuldner nicht befreien.[32]) — Und auch hier ist zu betonen, daß nur an einen solchen Gläubiger wirksam gezahlt werden kann, der über sein Vermögen (bezw. über die zu tilgende Forderung) giltig verfügen kann[33]); eine Zahlung an einen Gläubiger, der dieses nicht kann[34]), ist daher nur soweit wirksam, als das Bezahlte noch vorhanden, oder zum Nutzen des Empfängers verwendet worden ist (§. 1424). Auch dieser Rechtssatz bezeichnet übrigens nur das practische Ergebniß: An sich ist die Zahlung unwirksam, allein dem auf abermalige Zahlungsleistung belangten Schuldner steht eine wirksame exceptio zu Gebote, mit welcher er in der bezeichneten Weise geltend macht, daß sich der Gläubiger, wenn ihm wiederholt Zahlung geleistet würde, auf seine Kosten ohne Grund bereichern würde.[35])[36]) Unter Umständen kann die Zahlung auch an den Gläubiger des Gläubigers wirksam geleistet werden[37]); einen Fall dieser Art kann man unschwer aus §. 455 b. G.-B. gewinnen; abgesehen von diesem Falle kann an den Gläubiger des Gläubigers nur insofern wirksam gezahlt werden, als dadurch ein Compensationsrecht begründet wird.[38])

Will der Schuldner zahlen, so kann er, wenn der Zahlung wichtige, nicht in seinem Verschulden liegende, sondern von der Person des Gläubigers herrührende Hindernisse entgegenstehen[39]), sich wie durch Zahlung auch durch gerichtliche Hinterlegung[40]) des Schuldgegenstandes, oder wenn

30) Vgl. Unger II, S. 484, Note 20.

31) So bei Zahlungen von Verlassenschaftsschuldnern an den Pseudoerben, oder bei Zahlungen des Reallastschuldners an den redlichen Besitzer des reallastberechtigten Grundstücks. Das erstere beweist §. 824 b. G.-B., da der redliche Schuldner doch wohl auch wie jeder andere „redliche Erwerber einzelner Erbstücke“ zu behandeln ist (Unger Erbrecht S. 390), — letzteres §. 330 b. G.-B., welcher die redlicher Weise „bezogenen Früchte“ offenbar nur dem Kläger, nicht auch dem Zahler entziehen will.

32) Er müßte also dem wahren Gläubiger nochmals zahlen, und hätte nur einen Ersatzanspruch gegen den ersten Zahlungsempfänger.

33) Vgl. Keller §. 268 a. E.

34) Z. B. einen Minderjährigen.

35) Vgl. Unger II, S. 495, Note 8, S. 503, Note 25.

36) Das Gesagte gilt auch für Zahlungen an einen Cridatar, es sei denn, daß der Zahlende beweist, daß ihm die Eröffnung des Concurses zur Zeit der geleisteten Zahlung nicht bekannt sein konnte. C.-O. §. 3.

37) Das röm. Recht läßt solche Zahlungen mit einer gewissen Facilität zu. Keller S. 514.

38) Zahlt der Schuldner an den Gläubiger des Gläubigers, und ist die Forderung des befriedigten Gläubigers eine richtige gewesen, so erlangt der Zahlende bis zum Betrage des Bezahlten nach §. 1042 einen Ersatzanspruch gegen seinen eigenen Gläubiger.

39) Wie z. B. wenn der Gläubiger die Annahme der ordnungsmäßig angebotenen Zahlung verweigert, wenn er unbekannten Aufenthaltes ist u. dgl.

40) Auch das röm. Recht kennt diese Tilgungsart. Nach Umständen erlaubt es aber dem Schuldner auch, wenn der Gläubiger trotz Mahnung den Schuldgegenstand nicht übernimmt, denselben zu derelinquiren, z. B. den Wein, den

dieser dazu nicht geeignet ist[41]), durch gerichtliche Einleitung zu dessen Verwahrung (Sequestration) unter gleichzeitiger Verständigung des Gläubigers[42]) liberiren (§. 1425).[43]) Und zwar gilt die Zahlung als geschehen in dem Augenblicke der Hinterlegung bei Gericht oder beim Sequester, nicht erst im Augenblicke, da der Gläubiger verständigt wird; denn das Gericht fungirt dabei als Stellvertreter des Gläubigers, und es geht daher auch das Eigenthum des Leistungsgegenstandes vom Augenblicke der Depositirung auf den Gläubiger über und ist die Gefahr desselben auf ihn überwälzt (§. 1425). — Dies alles freilich nur unter der Voraussetzung, daß die gerichtliche Deponirung ordnungsmäßig gerechtfertigt wird.[44]) Geht aber das Eigenthum der erlegten Sache schon im Augenblicke des Erlages auf den Gläubiger über[45]), so ist auch die Streitfrage[46]), ob der Deponent noch nach der Deposition den Erlag zurückzunehmen berechtigt sei, verneinend zu entscheiden.

3) Auch hinsichtlich des Zahlungsortes gilt der Grundsatz, daß der Gläubiger nur dort anzunehmen gehalten ist, wo ihm die Zahlung gebührt, und ebenso auch der Schuldner nur an diesem Orte zu leisten hat (§§. 902, 1413). Das Nämliche gilt auch von der Art der Zahlung (ebda.). Bei Vertragsobligationen wird auch der Ort der Zahlung oft vertragsmäßig bestimmt, oder er erhellt aus der Natur und dem Zwecke des Geschäfts; für die Fälle, in denen dies nicht zutrifft, gilt die Interpretationsregel, daß unbewegliche Sachen dort, wo sie liegen, bewegliche

---

der Käufer nicht abholt, auslaufen zu lassen, um über die Fässer verfügen zu können. L. 1. §. 3. D. 18. 6. Puchta §. 287, Thöl Handelsr. §. 87, Arndts §. 261.

41) Z. B. ein zu tradirendes Thier.

42) Ist der Gläubiger unbekannten Aufenthalts, so muß für ihn ein Abwesenheitscurator aufgestellt werden. (§. 276 b. G.-B.).

43) Die Advokaten-O. v. 6. Juli 1868 Nr. 96 R.-G.-B. §. 19 nennt noch einen weiteren Fall der Zulässigkeit der gerichtlichen Deposition, der in dem Rahmen des §. 1425 nicht genau untergebracht werden kann. Sie bestimmt nämlich, daß der Advokat im Falle, als die Richtigkeit und Höhe seiner Expensenforderung bestritten wird, berechtigt ist, zu seiner Deckung auch zum gerichtlichen Erlage der bei ihm eingegangenen, der Partei gehörigen Barschaften bis zur Höhe der bestrittenen Forderung zu schreiten, zugleich aber verpflichtet, die Richtigkeit und Höhe der letzteren nachzuweisen. Auf den erlegten Betrag kommt ihm ein gesetzliches Pfandrecht zu.

44) Entsch. G.-Z. 1874 Nr. 12 [= Sammlung XI. Nr. 4987] spricht dem gerichtlichen Erlag erst dann die Wirkung der Zahlung zu, wenn er ordnungsmäßig gerechtfertigt worden ist.

45) Dafür, daß die gerichtliche Deposition alle Wirkungen der Zahlung hat, spricht auch §. 39 G.-B.-G., wonach auf Grund der Amtsurkunde über den gerichtlichen Erlag die Pränotation der Löschung stattfindet. — Nach der nämlichen Gesetzesstelle kann im Falle des §. 1422 (nicht auch des §. 1423) b. G.-B. der Dritte statt des Schuldners gerichtlich deponiren.

46) Auch in der Praxis ist die Frage streitig. Entsch. G.-Z. 1873 Nr. 30 [= Sammlung XI. Nr. 4901] fordert zur Wiedererhebung der deponirten Sache die Zustimmung des Gläubigers; Entsch. G.-Z. 1873 Nr. 29 [= Sammlung XI. Nr. 4910] läßt das Depositum Eigenthum des Schuldners bleiben, solange der Gläubiger nicht annehmen zu wollen erklärt, oder das Erkenntniß erwirkt wird, daß der Erlag rechtmäßig geschehen sei. Vgl. auch die Entsch. in Note 44. Keller §. 271, Pfaff G.-Z. 1868 Nr. 76 Note 41.

dort, wo das Versprechen gemacht worden ist, zu übergeben sind (§. 905).[47]) Bei anderen Obligationen gilt die Regel, daß der Schuldner nicht angehalten werden kann, die Zahlung außer dem Orte seines Wohnsitzes zu leisten (§. 1420)[48]); doch steht es ihm frei, auch zu leisten, wo er den Gläubiger antrifft, nur nicht an einem offenbar unpassenden Orte.[49])

4) Betreffend endlich die Zeit der Zahlung, so gilt gleichfalls die Regel, daß zur gesetzmäßigen Zeit gezahlt werden muß (§. 902), und daß weder der Schuldner zu einer früheren Zahlung, noch der Gläubiger zu einer früheren Annahme angehalten werden kann (§. 1413).[50]) Die Zeit wird oft durch den Willen der Parteien, mitunter auch durch die Natur der Sache bestimmt (§. 1418 pr.); in einigen Fällen bestimmt sie das Gesetz, wie z. B. bei Alimenten, welche wenigstens einen Monat (§. 1418), beim Witwengehalt und der Leibrente, welche vierteljährig voraus entrichtet werden sollen (§§. 1242, 1285), bei Legaten einer Summe oder einer unbestimmten Sache, welche erst ein Jahr nach dem Tode des Erblassers fällig werden (§. 685).[51]) Hat der Verpflichtete die Erfüllungszeit seiner Willkür vorbehalten, so können erst seine Erben, diese aber sofort nach seinem Tode, zur Erfüllung angehalten werden[52]); ist aber die Verbindlichkeit eine unvererbliche, dann hat der Richter die Zeit, zu welcher der Verpflichtete zu erfüllen hat, nach Billigkeit[53]) festzusetzen. Das Nämliche kann auch verlangt werden, wenn die Erfüllung nach Möglichkeit („cum potuero") oder nach Thunlichkeit („quum commodum erit") versprochen wurde[54]) (§. 904). Ist endlich die Zeit in gar keiner Weise bestimmt, so kann die Erfüllung vom Gläubiger sogleich verlangt, und ebenso die Schuld vom Schuldner auch ohne Verlangen des Gläubigers sofort abgetragen werden (§§. 904, 1417).[55]) Der Verzug des Gläu-

---

47) Wie bei wechselseitigen Verträgen unter Abwesenden, wo das Versprechen eines jeden Theiles an einem anderen Orte abgegeben ist?

48) Anders nach röm. Recht, welches dem Gläubiger die Erfüllung am Orte der Klage zu verlangen gestattet, doch allerdings gegen Vergütung des Ortsinteresse (insbes. Transportkosten), wenn anderswo als an dem bestimmten Orte geleistet werden soll. Keller §. 260, Arndts §. 221.

49) Arndts und Keller a. a. O.

50) Nach röm. Recht darf der Schuldner auch früher leisten, wenn, was die Regel ist, die Zeitbestimmung zu seinen Gunsten beigefügt ist. Arndts §. 220. Mit Recht sagt aber Keller §. 261, daß bei dem gesteigerten Verkehr der Gegenwart die Fälle weit häufiger (als bei den Römern) vorkommen, in welchen der Gläubiger durch eine frühere Zahlung beeinträchtigt wäre. Die Bestimmung des b. G.-B. erscheint daher als eine passende Fortbildung des Rechtes.

51) Von da an sind daher bei Geldlegaten Verzugszinsen zu entrichten, auch wenn der Legatar nicht gemahnt hat. So zwei Entsch. (G.-Z. 1866 Nr. 36 [= Sammlung V. Nr. 2704, 2357]. Der Einsender bekämpft (G.-Z. a. a. O.) diese Ansicht; der Sinn des §. 685 gehe nicht dahin, die Zeit der Fälligkeit zu bestimmen, sondern wolle nur dem Erben einen Aufschub gewähren; die Mora werde daher auch hier erst durch Einmahnung erzeugt.

52) So auch nach röm. Recht, wenn die Obligation auf einem Vermächtniß beruht; beruht sie auf einem Vertrage, dann verfällt sie durch den Tod des Schuldners. Keller §. 261 a. E. Vgl. auch Unger II. S. 98, Note 34.

53) D. i. mit Berücksichtigung aller individuellen Umstände. Unger a. a. O. S. 98.

54) Unger S. 99 Note 35.

55) Ebenso nach röm. R. Arndts §. 220.

bigers beginnt aber erst von dem Augenblicke der vergeblichen Anbietung der Zahlung, der des Schuldners mit der vergeblichen Mahnung und bei Schulden mit bestimmter Zahlungszeit mit deren Eintritt, bezw. mit dem darauf folgenden Tage (vgl. oben §. 339).

Von der Regel, daß vor der Verfallzeit dem Gläubiger die Zahlung nicht aufgenöthigt werden kann, treten Ausnahmen ein

a) im Falle des Ausbruchs des Concurses; die Masse ist nämlich berechtigt (nicht verpflichtet), die meisten, wenn auch noch nicht verfallenen, Schulden des Cridars sofort zu bezahlen (C.-O. §. 14);

b) im Falle der lastenfreien Abtrennung eines Grundstücks von einem Grundbuchskörper; will nämlich der zur Aeußerung über die beabsichtigte Trennung aufgeforderte Gläubiger in dieselbe nicht willigen, so ist der Schuldner berechtigt, das, wenn auch noch nicht fällige, intabulirte Schuldcapital sofort zu erlegen und so die lastenfreie Abschreibung zu ermöglichen (Ges. v. 6. Febr. 1869 Nr. 18 R.-G.-B. §. 8).[56])

Zahlt der Schuldner früher, als er zu zahlen schuldig ist, so kann er doch unter dem Vorwande, daß er sich mittlerweile einen Zinsgenuß entziehe und ihn dem Gläubiger verschaffe, der Regel nach keinen Abzug von der Schuld machen (§. 1413).[57]) Wohl aber wird ein solcher nicht selten freiwillig zugestanden. Ein derartiger Abzug heißt **Disconto** (interusurium, commodum repraesentationis[58])); über seine Berechnung existiren verschiedene Methoden.[59]) Er kommt, auch abgesehen von dem in Note 57 erwähnten Falle, mehrfach rechtlich in Betracht.[60])

§. 350. Wegfallen des Subjects der Obligation.

Eine Forderung muß untergehen, sobald kein Gläubiger oder kein Schuldner existirt, der in diesem obligatorischen Verhältnisse steht, oder

56) Einen ähnlichen Fall enthält Ges. v. 19. Mai 1874 Nr. 70 R.-G.-Bl. §. 29, betreffend die lastenfreie Eintragung in das Eisenbahnbuch. — Ueber die frühere Rechtswohlthat der Competenz und der cessio bonorum vgl. A.-G.-O. §§. 362—364, 367, C.-O. §. 5, Einf.-Ges. dazu Art. I. — Ueber die erzwungene Stundung des röm. Rechts: Arndts §. 223, Günther Rechtslex. II. S. 787—789. Das östr. Recht kennt sie nicht; insbesondere hat schon §. 353 A.-G.-O. die Moratorien abgestellt.

57) Ebenso nach röm. Recht Arndts §. 220, Vangerow III. §. 587, S. 201. — Doch muß sich der compensirende Concursmassegläubiger, wenn seine Forderung zur Zeit der Concurseröffnung noch nicht fällig und nicht verzinslich ist, für die vorzeitige Tilgung der Schuld die gesetzlichen Zinsen in Anrechnung bringen lassen.

58) Die gegenwärtige Erfüllung einer erst künftig fälligen Leistung heißt nämlich repraesentatio. Arndts §. 220, Anm. 1.

59) Vgl. über diese Methoden (die Carpzow'sche, die Hoffmann'sche, und die Leibnitz'sche) Vangerow §. 587, Keller §. 248, Arndts §. 220, Anm. 3, Haimberger §. 478, B...g im Rechtslex. V. S. 636 fg.

60) Vgl. Vangerow S. 201, 202. L. 10. §. 12. L. 17 i. f. D. 42. 8. Nach östr. R. zu beachten, daß der Discont auch unter den Voraussetzungen des §. 953 von den benachtheiligten Gläubigern in Anspruch genommen werden konnte, und daß er auch bei Auctionen in Betracht kommen kann, um Anbote mit verschiedenen Verfallzeiten mit einander vergleichen zu können; ebenso wird er wichtig bei der Einrechnung in den Erbtheil des Ehegatten (§§. 757, 758).

wenn Gläubiger und Schuldner in einer Person zusammenfallen. Es gehört also hieher:

A. der Tod. In der Regel ist der Tod des Gläubigers oder des Schuldners kein Erlöschungsgrund der Schuldverhältnisse (§§. 531, 548 b. G.=B.); wohl aber ist er es dann, wenn das Forderungsrecht oder die Schuld an die Person des Berechtigten bezw. des Verpflichteten geknüpft ist. Dieses aber kann geschehen:

1) durch Privatdisposition, z. B. wenn Jemandem schlechtweg eine Pension ausgesetzt ist, die im Zweifel nur für seine Lebensdauer zu bezahlen ist;

2) durch gesetzliche Bestimmung, wie z. B. beim Rückkauf=, Wiederkauf= und Vorkaufrechte (§§. 1070—1073), welche an die Person des Berechtigten, und bei Unterstützungen in bestimmten Fristen (unentgeltlichen Leibrenten, §. 955), welche an die Person des Berechtigten und des Verpflichteten gebunden sind. Namentlich sind alle jene Schuldverhältnisse, die auf persönlichen Verhältnissen[1]) oder Fähigkeiten[2]) des Berechtigten oder Verpflichteten beruhen, auch in der hier bezeichneten Richtung höchstpersönlicher Natur (§§. 1448, 918)[3]); nicht aber gehört hieher die Forderung auf Schadloshaltung oder Genugthuung[4]) (§. 1337).

Anders aber als mit den höchstpersönlichen Forderungsverhältnissen steht es um die aus ihnen erwachsenen Ansprüche auf einzelne Leistungen; war die Leistung, die aus einem solchen Verhältnisse gebührt, vor dem Tode dessen, auf dessen Person es beruht, bereits fällig, so kann sie auch später (von den Erben) geltend gemacht werden, weil die Mora dem Schuldner nicht nützen soll.[5])

---

1) Im Einzelnen kann die Entscheidung so manchen Falles zweifelhaft sein. Man wird annehmen dürfen, daß durch den Tod des Miethers wohl die Miethe eines Ateliers, zuweilen auch die einer Werkstätte, nicht aber auch die einer Wohnung erlischt. Ein Kostabonnement wird bald höchstpersönlich sein, bald auch nicht; ein Commodat ist in der Regel höchst persönlich, und die Schenkung immer nur dem Beschenkten zugedacht. Oeffentliche Geldstrafen, zu denen der Verstorbene noch nicht rechtskräftig verurtheilt war, gehen nicht auf die Erben über (§. 548 b. G.=B. Min.=V. v. 3. April 1859 Nr. 52 R.=G.=B.). Daß auch das Autorrecht im §. 1169 b. G.=B. für unvererblich erklärt war, beruhte auf einer Uebertreibung des in ihm waltenden persönlichen Elementes. Vgl. Gerber §. 200, Note 10.

2) So beim Mandat (§. 1022), Gesellschaftsverhältniß (§. 1206), bei Lohnverträgen, bei welchen es auf die Geschicklichkeit des bestimmten Arbeiters ankommt (§. 1162) u. s. w.

3) Bald (z. B. beim Vorkaufsrecht §. 1074) ist es der Tod des Gläubigers, bald (z. B. §. 1162) der des Schuldners, der Forderung und Schuld erlöschen macht, je nachdem sie an die Person des Einen oder des Anderen gebunden ist.

4) Anders das röm. R. (nicht nur rücksichtlich der Privatstrafen, sondern auch) rücksichtlich der Haftung des Erben für Schadenersatz, die nur beschränkt anerkannt war und auch durch das canon. R. und die Praxis noch nicht so weit erstreckt wurde, als sie nach östr. R. reicht. Savigny V. S. 50 fg. Ueber die Haftung des Erben für das Schmerzengeld vgl. vorläufig Unger II. S. 534 Note 6, S. 535 und Note 10.

5) Unger I. S. 570, Note 10. So Pensionsraten, so die dem Usufructuar bereits gebührenden Früchte. S. auch

B. Die Confusion, d. h. das Zusammentreffen der Forderung und der Schuld in Einer Person (§. 1445). Bei ungebundenen Obligationsverhältnissen erfolgt sie in der Regel nur durch Universalsuccession[6]), indem die Cession der Forderung vom Gläubiger an den Schuldner unmöglich ist.[7]) Doch kann eine wahre Cession der Forderung an den einen Gesammtschuldner zu Gunsten des anderen unter voller Aufrechthaltung der Forderung (die ja nicht identisch ist mit der gegen den Cessionar bestehenden) stattfinden, wobei indessen gleichwohl auch eine Einrede gegen den Cessionar erwachsen kann.[8])

Trotz des Zusammentreffens der Forderung und Schuld in Einer Person tritt aber keine Aufhebung derselben ein[9]):

1) Wenn es dem Gläubiger frei steht, eine Absonderung seiner Rechte von den correlaten Verbindlichkeiten zu verlangen. Das trifft zu bei dem Antritt der Erbschaft mit Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars, wo der so antretende Erbe seine Forderungen gegen die Verlassenschaft wie jeder andere Gläubiger geltend machen kann (§§. 802, 1445)[10]) — und bei dem beneficium separationis (§§. 812, 1445). Wenn nämlich die dazu berechtigten Interessenten (Erbschaftsgläubiger u. s. w.) erwirken, daß das Vermögen des Erben von der Verlassenschaft abgesondert wird, dann kann gleichfalls der Gläubiger, der seinen Schuldner beerbt hat, seine Forderung gegen die Verlassenschaft wie jeder andere Gläubiger geltend machen.

2) Wenn mit dem durch Confusio aufgehobenen Rechtsverhältnisse ein anderes davon abhängiges Rechtsverhältniß dritter Personen in Verbindung steht, bleibt, soweit es zur Aufrechthaltung des letzteren nothwendig ist, auch das erstere aufrecht (§. 1445). Darum muß der Erbe seine Schuld an die Erbschaftsmasse soweit einzahlen, als sonst Miterben, Erbschaftsgläubiger und Legatare in ihren Ansprüchen an die Verlassenschaft verkürzt würden; darum wird, wenn der Gläubiger den Bürgen beerbt, der Schuldner nicht frei, und beerbt er den Schuldner, so haftet

---

§. 687. Entsch. G.-Z. 1873 Nr. 103 [= Sammlung IX. Nr. 4384]: Die Verbindlichkeit zur Rechnungslegung aus einer Sequestration kann auch gegen die Erben des Sequesters geltend gemacht werden.

6) Vgl. Puchta §. 300.

7) Vgl. Hofd. v. 22. April 1825 Nr. 2090 J.-G.-S. Nicht hierher gehört der Fall, wenn der Gläubiger dem Hypothekarschuldner (§. 466) die Forderung cedirt, wo nur das Pfandrecht, nicht aber auch die Forderung erlischt.

8) Der Gesammtschuldner, der zugleich Cessionar ist, kann die ganze Forderung gegen den anderen Gesammtschuldner geltend machen; nur steht ihm (wenn er nicht etwa unfähig war, sich zu verpflichten, §. 896) die Compensationseinwendung bezüglich seiner Regreßrate entgegen (Dolo facit, qui petit quod redditurus est) — nach röm. R. freilich nur, wenn die correi in einem Societätsverhältniß standen, da sonst unter ihnen kein Regreßanspruch bestand. L. 71 pr. D. 46. 1. Vangerow III. §. 573 S. 103, 78, Puchta §. 235.

9) Vangerow III. S. 103 sagt von solchen Fällen, es werde nicht die Obligation objectiv zerstört, sondern nur deren Erfüllung unmöglich, weil Niemand an sich selbst Zahlung leisten kann. Vgl. auch Ihering Dogm. Jahrb. X. S. 447—458.

10) Vgl. Puchta §. 508 a. E.

der Bürge für die Befriedigung soweit, als der Gläubiger aus der Verlassenschaft nicht befriedigt wird.[11])

3) Wenn Rechte und Verbindlichkeiten, wenn auch connex, doch nicht einander entgegen stehend sind (§. 1445 verb.: „wenn Verhältnisse von ganz verschiedener Art eintreten"). So wenn ein Gesammtschuldner den andern, oder ein Gesammtgläubiger den andern beerbt[12]), oder wenn ein Gesammtschuldner Cessionar (Erbe oder Erblasser) des Gläubigers wird.[13])

4) Wird eine Verbindlichkeit durch den Besitz einer Liegenschaft derartig begründet, daß sie jedem Besitzer der letzteren obliegt, was nur durch die Eintragung in das öffentliche Buch bewirkt wird (§. 443 b. G.-B.), so wird durch den Uebergang der Liegenschaft an den Gläubiger nur eine zeitweilige Einstellung, nicht aber eine Erlöschung der Verbindlichkeit herbeigeführt (§. 1446 b. G.-B.).[14]) (Vgl. die Lehre von Erlöschung gebundener Rechte.)

§. 353. Der Schulderlaß.

Mit diesem Namen werden zwei unter sich ganz verschiedene Fälle bezeichnet:

1) Der Verzicht.[1]) Darunter versteht man die, nicht mit der Uebertragung der Forderung auf einen Anderen verbundene Entsagung des Gläubigers. Um bindend zu sein, muß auch die Zustimmung des Schuldners hinzutreten (§§. 861, 939).[2]) Der Verzicht kann entgeltlich oder unentgeltlich sein, im letzteren Falle enthält er regelmäßig eine Schenkung (vgl. oben I. S. 366). Einem Gläubiger, dem die freie Verwaltung seines Vermögens zukommt, steht der Verzicht immer frei, insoferne nicht Rechte Dritter (z. B. eines Afterpfandgläubigers, Fruchtnießers) dadurch verletzt werden (§. 1444); und zwar ist auch, wo durch die volle Wirksamkeit des Verzichtes Rechte Dritter beeinträchtigt werden würden, der Verzicht gleichwohl mit Vorbehalt ihrer Rechte wirksam.[3])[4])

---

11) Beerbt der Bürge den Schuldner oder umgekehrt, so erlischt die accessorische Verbindlichkeit, außer sie wäre durch ein Pfand befestigt. Puchta §. 300 a. E. Unger Erbr. §. 14, Anm. 13.

12) Puchta §. 300.

13) Vgl. aber Note 8. — Wird die Forderung an den Pfandeigenthümer oder das Eigenthum der Pfandsache an den Pfandgläubiger übertragen und ist das Pfand noch anderen, jüngeren Pfandgläubigern verpfändet, so kann sich der Eigenthümer, wenn diese postlocirten Gläubiger den Pfandverkauf veranlassen, aus dem Erlöse seine Forderung zuerst abziehen.

14) Dies bezieht sich nicht nur auf dingliche Rechte, sondern auch auf jene Obligationen, die in rem scriptae sind, z. B. Reallasten, intabulirte Bestandrechte u. dgl.

1) Im röm. R. kommt er als acceptilatio (Verzicht in Stipulationsform) und als pactum de non petendo (ohne diese Form) vor. Das pactum erzeugt aber keine Klage, sondern nur eine Einrede. Heimbach, Rechtslex. VII. S. 496 fg., I. S. 7, Vangerow III. §. 621, S. 395, 396, Puchta §. 297 Note a, b, Haimberger §. 658—660, Unger II. S. 169 Note 4.

2) Bis dahin ist er als einseitige Erklärung widerruflich. Unger II. S. 183, Heimbach S. 498.

3) So kann der Pfandgläubiger, wenn sein Recht mit einem Afterpfandrecht belastet ist, auf sein Recht derart verzichten, daß dasselbe, jedoch mit Vorbehalt des Afterpfandrechts, im öffentlichen Buche gelöscht wird. G.-B.-G. §. 51.

4) Nach röm. R. kann, um den be-

— Ein allgemeiner Verzicht aber auf Einwendungen gegen die Giltigkeit eines Vertrags ist ohne Wirkung (§. 937 b. G.-B.).[5])

Den Gegensatz des Verzichts bildet

2) die gegenseitige Abstehung[6]); sie ist die beiderseitige, unmittelbar auf das Nichtmehrdasein eines gegenseitigen Obligationsverhältnisses gerichtete, dasselbe nach rückwärts[7]) vernichtende Willenseinigung[8]); sie unterscheidet sich vom Verzicht schon dadurch sehr wesentlich, daß diesem die rückwirkende Kraft fehlt, nebstdem, daß sie nothwendig gegenseitig ist. Sie entsteht durch den bloßen gegenseitigen Consens ohne Versprechen[9]); sie ist nur möglich bei entgeltlichen Obligationen, und nur, so lange sie noch nicht erfüllt sind. Soweit Erfüllung bereits erfolgt ist, ist die Forderung schon erloschen, daher eine neuerliche Erlöschung durch gegenseitige Abstehung nicht mehr denkbar ist.[10]) Dies ist aber kein Hinderniß der Wiederherstellung des vorigen Rechtszustandes zwischen denselben Parteien durch neuen Rechtsact; dieser ist aber nicht als gegenseitige Abstehung zu denken, sondern als neuer, eine ganz neue Obligation erzeugender Vertrag[11]), welcher sich nicht nur in seinem Wesen von der Abstehung dadurch unterscheidet, daß zu seiner Entstehung die bloße Willenseinigung keinesfalls genügt, sondern auch dadurch, daß die mittlerweilige Rechtslage nicht mehr vernichtet werden kann.[12])

---

rufenen Erben zum Antritt der verschuldeten Erbschaft zu bestimmen, demselben bezüglich aller Nachlaßschulden nach Beschluß der Mehrheit der Gläubiger (auch gegen den Willen der Minorität) ein theilweiser Nachlaß gewährt werden, was in späterer Zeit mißbräuchlich überhaupt im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners häufig zugelassen wurde. (Sog. pactum praejudiciale, Beeinträchtigungsvertrag.) In Oesterreich hieß dieses Geschäft „Behandlung der Gläubiger" (§§. 354—361 A.-G.-O.); es wurde aufgehoben durch Einf.-Ges. zur C.-O. Art. 1. In einer anderen Form kam ein solcher erzwungener Nachlaß durch §. 27 des sog. Vergleichsverfahrens vom 18. Mai 1859 zur Geltung; an seine Stelle trat in der C.-O. v. 1868 der sog. Zwangsausgleich (§. 207 C.-O.); der Concurs kann in Folge dessen aufgehoben werden, daß eine vom Gesetze bestimmte Mehrheit der Gläubiger auf einen bestimmten Theil ihrer Forderungen verzichtet (§. 217 ebda.), und es wird auch die Minderheit der (dissentirenden) Gläubiger als dem zustimmend angesehen (§. 233 vgl. auch §. 235), so daß der Gemeinschuldner den ihm im Zwangsausgleich erlassenen Rest der Schulden zu bezahlen nicht mehr verbunden ist. — Vgl. überhaupt Günther Rechtslex. II. S. 789—791, Arndts §. 267 Anm. 2, Keller S. 527, 528.

5) Vgl. Heimbach S. 498, Puchta §. 265.

6) Sog. contrarius consensus, mutuus dissensus (Haimberger §. 658, Unger II. S. 170 Note 5). Wenn es zum Wesen des pactum de non petendo gehören sollte, daß durch dasselbe die Obligation nicht aufgehoben, sondern nur das Klagerecht beseitigt wird, dann stände nach dieser Richtung allerdings auch der Verzicht des §. 1444 auf einer Linie mit dem contrarius consensus. Puchta §. 297 Note a, b, Vangerow III. S. 396, Heimbach VII. S. 504.

7) Puchta §. 298.

8) Vangerow S. 396.

9) Vangerow a. a. O. Dies ist überhaupt der Character aller remissorischen Verträge; sie enthalten weder ein Versprechen, noch eine Tradition.

10) Entsch. G.-Z. 1873 Nr. 105 [= Sammlung XI. Nr. 4913].

11) Hier also ein neuer Vertrag, nicht aber eine Erlöschungsthatsache, dort (beim mutuus dissensus) die Aufhebung der Obligation ohne Begründung einer neuen.

12) Daher erscheinen spätere Succes-

Gegenseitige Abstehung kann nicht einmal theilweise stattfinden, wenn auch nur von einer Seite die Leistung vollständig erfolgt ist[13]); was in solchem Falle noch immer möglich ist, das ist der Verzicht[14]), nicht aber der mutuus dissensus. Ist aber die Leistung nur theilweise erfolgt, dann ist gegenseitige Abstehung rücksichtlich des Restes noch immer vollkommen möglich.[15])

§. 357. Der irreguläre Verwahrungsvertrag.[1])

Der Depositar erlangt regelmäßig weder das Eigenthum, noch den Besitz, noch das Gebrauchsrecht der hinterlegten Sache, sondern er ist nur Inhaber mit Verwahrungspflicht (§. 958). Vertretbare Sachen können aber auch in dem Sinne hinterlegt werden, daß der Empfänger nicht die empfangenen Species, sondern nur dasselbe Quale und Quantum zurückzugeben schuldig sein soll. Im Zweifel ist dies sogar anzunehmen, wenn eine Summe Geldes unverschlossen hinterlegt wird.[2]) Alsdann geht das Eigenthum des Empfangenen, wie beim Darlehen, auf den Empfänger über. Dies ist das sog. depositum irregulare. Das Geschäft wird auch in diesem Falle „gemäß der Absicht der Contrahenten noch als Depositum behandelt", und unterscheidet sich von einem Darlehen dadurch wesentlich, daß das Depositum, weil zu Gunsten des Deponenten bestehend, vorzeitige Zurückforderung zuläßt, daß der Depositar nicht nur keine Zinsen zahlt, sondern möglicherweise (§. 969) noch eine Verwahrungsgebühr bezieht, endlich dadurch, daß die Compensationseinrede ausgeschlossen ist (§. 1440).[3]) „Wenn dagegen bei einem regelmäßigen Depositum vertretbarer Sachen dem Empfänger erst nachher, oder auch im voraus, falls

---

sionen als Rechtsnachfolge in ein neues Rechtsverhältniß, was mehrfach wichtig wird (z. B. §§. 1493, 367 u. a.). Eine Consequenz ist auch die Nothwendigkeit der wiederholten Zahlung der Vermögensübertragungsgebühr.

13) L. 1. Cod. Quando liceat. 4. 45.

14) Oder auch eine neue Uebereinkunft, die zum Theil einen Erlaß der bisherigen Obligation, zum Theil die Begründung einer neuen Obligation enthält. Puchta §. 298. S. auch Note 13.

15) Vgl. L. 7. §. 6. D. de pact. 2. 14. Dies haben auch die Worte des §. 920 b. G.-B. „nach gänzlicher Erfüllung" im Auge; es soll damit nicht gesagt werden, daß vor gänzlicher Erfüllung die Aufhebung durch gegenseitige Abstehung unbeschränkt statthaft sei, sondern nur, daß sie nach gänzlicher Erfüllung unbedingt ausgeschlossen ist. Inwieferne sie vor gänzlicher Erfüllung eintreten kann, entscheidet das Gesetz nicht, vielmehr ist das im Text Entwickelte seinen Grundlagen entsprechend. — Die Erfüllung ist eine gänzliche, wenn beide Theile Alles gethan haben, was ihnen zu thun oblag. Dahin gehört aber keineswegs auch die bücherliche Umschreibung; vielmehr kann ein Kaufvertrag auch vor dieser als gänzlich erfüllt angesehen werden. Jedoch gilt die bücherliche Amtshandlung Dritten gegenüber als Erfüllung; daher kann eine zurückgezahlte, bücherlich aber noch haftende Schuld durch contrarius consensus wieder zum Aufleben gebracht werden.

1) Arndts §. 286, Keller §. 310, Puchta §. 321, besonders Vangerow §. 630.

2) L. 31. D. loc. 19. 2, Arndts a. a. O.

3) Vangerow, Arndts, Puchta a. a. O., Pfaff G.-Z. 1868 Nr. 82.

er dies in Zukunft wünsche, die Erlaubniß ertheilt wird, das Empfangene zu gebrauchen, so geht im ersten Falle sofort durch die Einwilligung, im anderen durch den wirklichen Gebrauch, das Depositum in ein (wirkliches) Darlehen" über[4]) (die gleiche Bewilligung des Gebrauchs unvertretbarer Sachen verwandelt ebenso das Geschäft in einen Leihvertrag); §. 959 b. G.-B. Hier findet dann unbedenklich auch die Compensationseinrede statt[5]), und eine Zurückforderung vor der bestimmten Zeit ist ausgeschlossen (§. 959 i. f.).

§. 359. Verwahrungspflicht bei anderen Rechtsverhältnissen, insbesondere das Receptum der Wirthe, Schiffer und Fuhrleute.

Die im Depositum liegende Verbindlichkeit zu möglichst sorgsamer Verwahrung oder Beaufsichtigung einer Sache im Interesse eines Anderen und die entsprechende Haftung für die Vernachlässigung dieser Pflicht (das sog. custodiam praestare des röm. Rechts[1])) ist auch einer Reihe von anderen Rechtsverhältnissen eigen; sie kommt vor (oder kann vorkommen) beim Commodat (§. 979)[2]), beim Auftragsverhältniß (§§. 960, 1012), bei der Sachenmiethe (§§. 1109, 1111)[3]), der Werkverdingung (§. 1161), dem Gesellschaftsverhältniß (§§. 1190, 1198)[4]); sie obliegt dem Verkäufer gegenüber dem Käufer bis zur Uebergabe (§. 1061)[5]), dem Faustpfandgläubiger gegenüber dem Verpfänder (§. 459), dem Fruchtnießer und Usuar gegenüber dem Eigenthümer (§§. 513, 518), dem be-

---

4) Arndts §. 286; ebenso auch Puchta und Keller a. a. O. Doch ist streitig, ob zwischen diesem Depositum und dem Darlehen ein Unterschied bestehe (s. bes. Vangerow a. a. O.); noch in neuester Zeit behauptet Endemann Zeitschr. f. Handelsrecht IV. S. 58 fg., S. 61, „daß beide Geschäfte in allen wesentlichen Punkten der rechtlichen Beurtheilung identisch" seien (vgl. aber Windscheid §. 379 Note 3, 7). Da das b. G.-B., wie das A.-L.-R. I. 14, §§. 82, 83, bei verstattetem Gebrauch fungibler Sachen ein Darlehen als vorliegend ansieht, läge die Meinung nahe genug, es hätten sich auch diese beiden Gesetzbücher für die eben erwähnte gegentheilige Ansicht entschieden. Allein es darf nicht übersehen werden, daß §. 959 nur von dem Falle spricht, daß der Gebrauch der Sache (d. i. das Verzehren, beim Gelde das Verwenden zum eigenen Nutzen) gestattet wurde, — im Gegensatz zu der bloßen Verabredung der Rückstellung in genere; in diesem Falle denkt der Deponent nicht an das Verbrauchen, sondern, da er weiß, daß der Depositar selbst Sachen von gleicher Gattung besitzt, gestattet er, daß ihm allenfalls auch andere Sachen statt der hinterlegten zurückgestellt werden. Auch Arndts, Puchta und Keller nehmen im ersten Falle ein wirkliches Darlehen an, und thatsächlich ist auch die Intention in beiden Fällen eine ganz verschiedene: im ersten Falle ist das Geschäft im Interesse des Empfängers, im zweiten im Interesse des Hingebenden geschlossen. Windscheid §. 379, Note 4, Pfaff G.-Z. 1868 Nr. 81 Note 83. Eine eigenthümliche Ansicht hat Luden Rechtslex. III. S. 325.

5) Entsch. G.-H. 1868 Nr. 45 [= Sammlung IV. Nr. 2894].

1) Vangerow I. §. 105, Unger II. S. 246, Windscheid II. §. 265 Note 2; danach bezeichnet die custodia nicht einen besonderen Grad, sondern nur eine besondere Richtung der Diligenz.

2) Vgl. L. 10 §. 1 D. commod. 13, 6, L. 19 eod.

3) L. 41 D. loc. 19. 2.

4) L. 52 §. 3 D. pro socio 17. 2.

5) L. 35 §. 4. D. de C. E. 18. 1.

klagten redlichen Besitzer einer fremden Sache gegenüber dem Eigenthumskläger (§. 338), dem Finder gegenüber dem Verlustträger (§. 390), dem Erben gegenüber dem mit einer Species bedachten Legatar (§§. 686, 688)[6]) u. s. w. Für alle diese Fälle gilt der Grundsatz, daß der Verwahrungspflichtige für jeden Schaden, den er durch sorgsame Verwahrung hätte vermeiden können, und ebenso auch für den zufälligen Schaden haftet, welcher eine Folge seines pflichtwidrigen Benehmens ist, daß er aber, wo ihm die Uebertragung der Obsorge an einen Anderen gestattet ist, nicht ohne weiteres für dessen Verschulden, sondern nur für das in der Auswahl der Person begangene Versehen verantwortlich ist (§§. 264, 1010, 1161, 1315).

Eine über diese Grenze hinausgehende Verantwortlichkeit trifft Wirthe, Schiffer und Fuhrleute hinsichtlich jener Gegenstände, die ihnen oder ihren Dienstleuten von Reisenden und bezw. als Fracht übergeben worden sind.[7]) Dem Falle ist vor Allem eigenthümlich, daß diese Personen die Pflichten eines Verwahrers schon damit übernehmen, daß die erwähnten Gegenstände ihren Dienstleuten[8]) übergeben worden sind (§. 970)[9]); die letzteren erscheinen also durch ihre Anstellung zu dieser Uebernahme stillschweigend ermächtigt[10]), und es kommt dadurch, daß derlei Gegenstände ihnen oder ihren Dienstgebern übergeben worden sind, die eigenthümliche Verwahrungsannahme der Wirthe, Schiffer und Fuhrleute (receptum nautarum cauponum stabulariorum) zu Stande.[11]) Auch sie enthält, wie jede Verwahrungsannahme, ein Vertragsverhältniß, und zwar handelt es sich auch hiebei um einen Realcontract.[12]) Uebrigens sind die einzelnen Hauptfälle besonders zu betrachten.

1) Unter Wirthen im Sinne des Gesetzes sind nur jene zu verstehen, welche sich gewerbsmäßig mit der Beherbergung von Fremden und deren Effecten beschäftigen[13]), nicht also auch Schank-[14]) und Kaffeewirthe[15]); noch weniger können Privatvermiether, die nicht zugleich Wirthe sind, darum unter den §. 970 subsumirt werden, weil sie gelegentlich auch Reisende bei sich aufnehmen.[16]) Das Vertragsverhältniß muß ferner wesentlich mit Reisenden, und zwar in Ausübung des Gewerbes des

6) Einen verwandten Fall s. in L. 5 §. 22 D. ut in poss. leg. 36. 4.

7) Vgl. L. Schuster in Haimerl's Mag. IX. S. 65 ff., Budbeus Rechtslex. IV. S. 440—450.

8) Zu diesen zählen auch die Familienglieder des Wirthes u. s. w., weil sie in seinen Diensten verwendet zu werden pflegen.

9) Windscheid §. 384 Note 4, L. 1, 8. §. 2, 3, 6 D. 4. 9. vgl. L. 3 §. 3 eod. Budbeus S. 446 lit. *d*. Arndts §. 289 spricht hier von einem stillschweigenden, Ellinger ad §. 970 von einem fingirten Vertrag.

10) Vgl. §. 1029 b. G.-B.

11) Ihm ist Dig. 4. 9 (nautae, caup. stab. ut recepta restit.) gewidmet.

12) Windscheid §. 384 Note 7.

13) Winiwarter IV. S. 167, Stubenrauch III. S. 162. Zu diesen Effecten gehört insbesondere auch das Zugvieh (Stubenrauch a. a. O.), dessen Unterbringung bei den Römern Aufgabe des besonderen Gewerbes der Stallwirthe (stabularii) war.

14) Winiwarter und Stubenrauch a. a. O.

15) Entsch. G.-Z. 1867 Nr. 7 [= Sammlung V. Nr. 2672].

16) Winiwarter S. 168, Stubenrauch S. 162.

Wirthes zu Stande gekommen sein[17]); wenn also der Gastwirth Einheimische[18]), oder zwar Fremde, aber nicht in Ausübung seines Gewerbes[19]) bei sich aufnimmt, so entsteht nicht das Receptum des §. 970 mit den ihm eigenthümlichen Wirkungen. Das zur Begründung des Receptum erforderliche Anvertrauen der Effecten erfolgt schon durch die Aufnahme des Reisenden[20]); es ist nicht wesentlich, daß sie dem Wirthe oder seinen Leuten förmlich übergeben worden sind, da sie von der Aufnahme an unter der Aufsicht dieser Personen stehen und ihnen fortwährend zugänglich sind.[21]) Die Aufnahme kann selbst außer dem Gasthofe erfolgen (wie z. B. durch auf den Bahnhof abgeschickte Commissionäre), und von da an beginnt die Haftung des Wirthes.[22])

Aus dem Receptum entspringt die Verbindlichkeit des Wirthes, für die Reiseffecten in jener Weise zu haften, als ob er sie persönlich zur Aufsicht übernommen hätte (§. 970).[23]) Es ist also gegen ihn die Klage auf Rückstellung[24]) und bezw. auf Schadloshaltung zulässig, wenn durch seine oder seiner Dienstleute Nachlässigkeit die Effecten verloren gehen oder beschädigt werden (actio de recepto)[25]); er haftet auch für den Zufall, den er oder seine Leute durch eine pflichtwidrige Handlung oder durch verzögerte Rückstellung veranlaßt haben, oder den sie ohne Aufopferung eigenen Vermögens hätten abwenden können (§§. 964, 965). Um seinen Klageanspruch zu begründen, hat der Reisende lediglich die Uebergabe der Effecten an den Wirth oder seine Leute, bezw. seine Aufnahme in den Gasthof, nicht auch ein Verschulden des oder der letzteren zu erweisen; vielmehr obliegt dem Geklagten der Beweis, daß er und seine Dienstpersonen völlig außer Verschulden sind (§. 1298)[26]); waren die

---

17) L. 3 §. 2 D. h. t.: „. . si extra negotium receperint, non tenebuntur“.

18) Winiwarter, Stubenrauch a. a. O.; Buddeus S. 446.

19) Z. B. er beherbergt Verwandte unentgeltlich. Stubenrauch S. 162, Windscheid §. 384, Buddeus S. 445.

20) Entsch. G.-Z. 1854 Nr. 87 (=118), 1872 Nr. 35 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 787, Sammlung X. Nr. 4530], Stubenrauch S. 163, Windscheid §. 384 Note 4, Buddeus S. 446, 447; vgl. auch L. 1 §. 8 D. eod.

21) Zeiller ad §. 970 hebt noch hervor, daß die Dienstleute der Wirthe regelmäßig mit Hauptschlüsseln versehen sind, und daher auch in Abwesenheit des Gastes Zutritt zu seinen Effecten haben. — Wagen sammt Gepäck sind dem Gastwirth und seinen Leuten anvertraut, wenn sie auch nur im Hofraume des Gasthofs stehen. Entsch. G.-Z. 1854 Nr. 87 [= Peitler Nr. 787].

22) Buddeus S. 447, L. 3 pr. D. h. t.

23) Windscheid §. 384, Note 6.

24) Puchta §. 314.

25) Der Wirth haftet also auch für die durch dritte Personen verübten Diebstähle und Beschädigungen, wenn sie durch seine und seiner Leute Sorgfalt hätten vermieden werden können; hier gilt nicht der §. 1316, der nur von den Delicten der Dienstpersonen spricht. Das röm. R. faßt diesen Satz negativ, indem es den Wirth für jeden Schaden haften läßt, ausgenommen für vis major und den durch eigenes Verschulden des Reisenden verursachten. L. 3 §. 1, L. 7 pr. D. h. t. Puchta 314, Windscheid §. 384, Note 6.

26) Buddeus S. 450, 446, Keller §. 344; allerdings also ist Verschulden des Wirthes oder seiner Leute Voraussetzung seiner Verantwortlichkeit — allein dieses Verschulden braucht nicht bewiesen zu werden. Zeiller ad §. 970 Nr. 4, Winiwarter S. 169, Stubenrauch S. 164, Ellinger ad §. 970.

Effecten verschlossen oder versiegelt, und wurde das Schloß oder Siegel verletzt befunden, so kommt auch hier §. 966 zur Anwendung.[27]) Die Haftung des Wirthes dauert so lange, als sich die Effecten unter seiner oder seiner Leute Aufsicht befinden, was nicht nothwendig schon mit dem Ausbringen aus dem Gasthofe aufhört; durch unrechtmäßig verzögerte Rücknahme entfällt wenigstens die Haftung für den Zufall (§. 1419).[28])

2) Aehnliche Wirkungen hat das Receptum des Fuhrmanns, das zu Stande kommt durch die Uebergabe der Fracht an ihn oder seine Leute zum Zwecke der Beförderung an einen anderen bestimmten Ort. Unter Fuhrleuten sind hier jene Personen zu verstehen, welche sich gewerbsmäßig mit dem Transport von Gütern zu Lande befassen (vgl. Art. 390 H.-G.-B.)[29]); dahin gehören nicht auch Spediteure[30]), da sie nur Frachten vermitteln, und ebensowenig Lohnkutscher, als welche nur den Personentransport gewerbsmäßig betreiben.[31]) Die übergebene Sache muß ein sog. Frachtstück sein; zum Transport übergebenes Geld wird aber nur dann als Frachtstück angesehen, wenn es dem Frachter ausdrücklich angegeben wird.[32]) Auch in diesem Falle muß die Uebernahme in Betreibung des Gewerbes, nicht blos aus Gefälligkeit, geschehen.[33]) Ob sie durch den Frachter selbst oder seine Leute erfolgte, unterscheidet das Gesetz nicht; doch sind seine Leute im Zweifel nur zur Uebernahme jener Gegenstände ermächtigt, deren Verfrachtung ihr Dienstherr bereits zugesichert hat, nicht auch zur Abschließung des Frachtvertrags selbst; für ein von ihnen eigenmächtig zur Verfrachtung übernommenes Gut könnte der Dienstherr nicht verantwortlich gemacht werden.[34]) Besteht ein Frachtbrief, so wird mit der Uebernahme desselben auch das Frachtgut als übernommen angesehen (Art. 391, 401, 402 H.-G.-B.), und es bildet der Frachtbrief gegen den Frachter einen vollen Beweis der Uebernahme der darin verzeichneten Stücke (Art. 391 H.-G.-B.), daher der Frachtführer nach anstandsloser Uebernahme dieses Documents für jeden Abgang der darin verzeichneten Ladung haftet[35]), selbst wenn der Abgang von einem früheren

---

27) Entsch. G.-Z. 1854 Nr. 87 (s. Note 20), Zeiller Nr. 2, Winiwarter S. 169, Stubenrauch S. 164. — Auch §. 967 ist hier anwendbar. Winiwarter a. a. O. Dagegen Stubenrauch S. 537.

28) Vgl. Buddeus S. 448.

29) Das H.-G.-B. spricht von „Frachtführer", und versteht darunter auch die Schiffer auf Binnengewässern.

30) Diese haften nur für culpa in eligendo (Art. 380 H.-G.-B.), es sei denn, daß sie sich über bestimmte Sätze der Transportkosten geeinigt haben (Art. 384 H.-G.-B.).

31) Schuster a. a. O., Stubenrauch S. 162.

32) Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 38 [= Sammlung IX. Nr. 3337]. Nach Art. 395 H.-G.-B. gilt das Gleiche auch von „Kostbarkeiten und Werthpapieren".

33) Stubenrauch S. 163.

34) Vgl. den von Kitka in d. Ztschr. f. östr. R.-G. 1836 I. S. 228 fg. [= Peitler 2. Aufl. Nr. 786] mitgetheilten Rechtsfall, und Schuster im Mag. IX. S. 69. Mit Unrecht stützt Kitka diese Entscheidung damit, daß die §§. 970, 1316 nur das Rechtsverhältniß der Fuhrleute zu Dritten, nicht das der Fuhrleute untereinander bestimmen; vgl. dagegen L. 4 §. 1 D. h. t., Buddeus S. 446 und Stubenrauch S. 162, Note 4.

35) Entsch. G.-Z. 1852 Nr. 60, 61 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 182].

Frachter herrühren sollte (Art. 401 H.=G.=B.).[36]) Jeder nach ordentlicher Uebernahme des Frachtguts bis zur Ablieferung erfolgte Verlust oder Beschädigung desselben, welche durch sorgsame Aufsicht des Frachters, seiner Leute oder der späteren Frachter (Art. 401 H.=G.=B.) hätten abgewendet werden können, verhaftet den ersteren (Art. 395, 400 H.=G.=B.)[37]), und ihn trifft die Last des Beweises, daß die Beschädigung durch unabwendbaren Zufall erfolgt sei (§. 1298 b. G.=B., Art. 395[38]) H.=G.B.).

3) Die nämliche Haftung übernimmt auch der Schiffer. Darunter ist nicht der Schiffscapitän (magister navis), sondern der Schiffsrheder (exercitor navis) zu verstehen[39]), es sei denn das Schiff vermiethet, in welchem Falle der Miether als der Schiffer anzusehen ist.[40]) Die Gegenstände, für welche er die Haftung übernimmt, sind nur die eigentlichen Frachtstücke, nicht auch jenes Gepäck, welches der Schiffsreisende unter eigener Aufsicht behält.[41]) Auch diese Haftung beginnt bereits mit der Uebernahme des Frachtgutes, nicht erst mit der Einbringung auf das Schiff.

Wie nach römischem, so haften auch nach östr. R. Wirthe, Schiffer und Fuhrleute nicht nur für die von ihnen oder ihren Dienstpersonen vernachlässigte Beaufsichtigung der übernommenen Effecten, sondern auch für die von ihren eigenen oder den von ihnen zugewiesenen Dienstpersonen[42]) an derlei Effecten in ihrem Hause, in ihrem Schiffe oder an der Befrachtung verübten Entwendungen oder Beschädigungen (§. 1316)[43]), und können in solchen Fällen auch mit einer Delictsklage (actio furti adversus nautas etc.) auf Ersatzleistung belangt werden.[44]) Die Beschädigung oder

---

36) Entsch. G.=H. 1859 Nr. 19 [Entsch. nur der ersten Instanz].

37) Vgl. Entsch. G.=Z. 1869 Nr. 38 [= Sammlung IX. Nr. 3337], wo der Frachter für das seinem Knecht zur Bezahlung des zu überbringenden Tabaks übergebene Geld verantwortlich erklärt wurde, weil es dieser in dem Gasthofe, in welchem er übernachtete, dem Gasthofknecht übergeben, und letzterer damit das Weite gesucht hatte. Der Fall fällt nicht unter §. 1316, sondern unter §. 970.

38) Entsch. G.=H. 1859 Nr. 51 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 784]. Art. 395 ist, wie der romanistische Rechtssatz negativ gefaßt: der Frachtführer haftet nur nicht für vis major und Beschädigung durch inneren Verderb des Gutes.

39) Stubenrauch S. 162, L. 1 §. 2 D. h. t. Auch Dampfschifffahrtsgesellschaften gehören hieher.

40) Stubenrauch a. a. O.

41) Nach röm. R. dagegen allerdings auch dieses, ja nach der Meinung Einiger nur die von dem mitreisenden Fahrgast eingebrachten Sachen, nicht aber auch Waaren, welche allein verschickt werden. Vgl. jedoch Windscheid §. 384 Note 4 a. E.

42) Insbesondere sog. Lohndiener oder Lohnlakaien in Gasthöfen. Buddeus S. 448.

43) Ebenso nach röm. R. Windscheid §§. 454, 457, Arndts §. 289 Anm. 1, Keller §. 344, Buddeus S. 444, 447.

44) Dies der Unterschied zwischen den §§. 970 und 1316; der erstere behandelt die Contractsklage (actio de recepto Dig. 4. 9, Windscheid §. 384, Puchta §. 314), der letztere die Delictsklage (actio furti adv. naut. Dig. 47. 5, Windscheid §§. 454, 457, Puchta §. 392). Die östr. Schriftsteller haben die sonderbarsten Vorstellungen über den Unterschied zwischen den beiden Paragraphen: Winiwarter S. 168, 576 meint, §. 970 beziehe sich auf die übergebenen Sachen, §. 1316 auf die übrigen; Stubenrauch S. 162 f., 537 (ähnlich auch Kirchstetter S. 439 Note 1) glaubt, daß §. 970 nur das Maaß der

Entwendung muß aber wesentlich in dem Gasthofe bezw. Schiffe selbst verübt worden sein[45]), während die im §. 970 normirte Haftung für Beaufsichtigung schon mit der Uebernahme der Effecten beginnt und mit deren Ablieferung endigt. Auch die Beweislast richtet sich hier nach den für Delicte geltenden Grundsätzen (§§. 1296, 1297)[46]); es steht aber dem Beschädigten frei, sich statt der Delictsklage der Contractsklage aus §. 970 zu bedienen. Für Beschädigungen und Entwendungen durch andere als die von ihnen zugewiesenen Dienstpersonen können Wirthe, Schiffer und Fuhrleute zwar nicht nach §. 1316, wohl aber nach §. 970 unter der Voraussetzung erfolgreich in Anspruch genommen werden, daß ihnen nicht der Beweis gelingt, daß sie oder ihre Dienstpersonen die Beschädigung oder Entwendung abzuwenden außer Stande waren.

Die in voraus durch den Wirth, Schiffer, Fuhrmann erklärte Ablehnung der Haftung hat nur Wirkung, wenn der Gegentheil mit dieser Ablehnung einverstanden ist.[47]).

Den Fuhrleuten und Schiffern sind hinsichtlich der Haftung für ihre Dienstpersonen im Wesentlichen gleichgestellt die öffentlichen Versendungsanstalten[48]), jene Anstalten nämlich, welche für das Publikum im Allgemeinen zum Zwecke des Transportes von Personen und Sachen bestimmt sind und denjenigen, welche die Betriebsordnung beobachten, die Aufnahme nicht verweigern dürfen[49]), wie namentlich Eisenbahnen, Dampfschifffahrtsunternehmungen[50]) und die Postanstalt. Doch gelten diesfalls auch besondere Bestimmungen, welche vor Allem zur Anwendung zu kommen haben (§. 1317).

Auf Eisenbahnen und Dampfschifffahrtsunternehmungen sind die Bestimmungen in Betreff der dem Frachtführer und Schiffer[51]) obliegenden Verbindlichkeiten ausdrücklich als anwendbar erklärt worden (Art. 421 H.-G.-B.)[52]); für Eisenbahnen ist aber zugleich bestimmt,

---

im §. 1316 ausgesprochenen Ersatzpflicht feststelle u. s. w.

45) Buddeus S. 447.

46) Buddeus S. 449. Die Verjährung im Falle der Entwendung ist nicht nach §. 967, sondern nach §. 1489 zu beurtheilen: Entsch. G.-Z. 1856 Nr. 147 [= Sammlung I Nr. 215]. Auch wenn sich die Beschädigung als ein Delict darstellt, ist die Berufung auf §. 1489 zulässig.

47) Zugschwerdt Schadenersatz S. 29 fg., Zeiller ad §. 1316 Nr. 3, Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 38 [= Sammlung IX. Nr. 3337]; Buddeus S. 447 f. bemerkt, daß ein bloßer Anschlag im Lokale, wonach die Haftung abgelehnt werde, ungenügend ist; anders, wie es scheint, Windscheid §. 384 Note 8; Winiwarter S. 169, 576; gegen ihn Stubenrauch S. 163.

48) Richtiger: „Transportanstalten", wie Art. 421 H.-G.-B. sagt.

49) So ausdrücklich Art. 422 H.-G.-B. hinsichtlich der Eisenbahnen, „welche dem Publikum zur Benutzung für den Gütertransport eröffnet" sind.

50) Art. 421 H.-G.-B.: Die Bestimmungen des Abschnittes vom Frachtgeschäft „finden auch Anwendung auf Frachtgeschäfte von Eisenbahnen und anderen öffentlichen Transportanstalten".

51) Man muß sich gegenwärtig halten, daß die Bestimmungen des H.-G.-B. über das Frachtgeschäft auch auf Schiffer auf Binnengewässern Anwendung finden. (Art. 390).

52) Vordem war die Frage streitig. J. N. in Ztschr. f. R. u. St. 1847 II. S. 492 fg. behauptete, eine Eisenbahn falle nicht unter den Rechtssatz des

daß die dem Frachtführer obliegende Ersatzpflicht bei ihnen durch gegentheilige Verabredung nicht ausgeschlossen werden kann (Art. 423); nur gewisse, in den Art. 424—430 taxativ aufgezählte Verabredungen beschränkenden Inhalts sind gestattet.[53]) Noch weiter geht die Haftung der Postanstalt. Nach §. 32 der Fahrpost-O. v. 12. Juni 1838 Nr. 280 J.-G.-S. übernimmt sie „die Haftung für die ihr zum Transporte anvertrauten Sachen in der Ausdehnung, daß sie sich verpflichtet, für Verluste, Abgänge oder Beschädigungen, welche die Sendungen in der zwischen der Aufgabe und der Abgabe gelegenen Zeit treffen können, volle Entschädigung nach dem bei der Aufgabe angegebenen Werthe zu leisten, der Verlust oder Abgang oder die Beschädigung möge durch Verschulden oder Versehen der Bediensteten der Postanstalt oder durch verübte Gewalt oder durch irgend ein zufälliges Ereigniß[54]) herbeigeführt worden sein." Aehnliche Bestimmungen enthalten §. 58 ebda. hinsichtlich des Reisegepäcks beim Personentransport, und die §§. 2, 20, 69 der Briefpost-O. vom 6. Nov. 1838 Nr. 302 J.-G.-S. hinsichtlich der recommandirten Briefe und Estaffetensendungen.[55])

Auf andere als die in den §§. 970, 1316, 1317 angeführten Unternehmungen, z. B. auf Badeanstalten dürfen die Bestimmungen dieser Paragraphen nicht ausgedehnt werden. Arg. §. 1313 b. G.-B.[56])

§. 367. Der gerichtliche Kauf.[1])

Man versteht darunter den Verkauf einer Sache durch das Gericht als (nothwendigen) Stellvertreter der seiner Jurisdiction unterstehenden

§. 1316, weil sie eine öffentliche Versendungsanstalt sei, und die Unternehmung hafte wohl für das Verschulden der sie repräsentirenden Direction, nicht aber für jenes der im Betriebe verwendeten Diener. Die Eisenbahnbetriebs-O. v. 16. Nov. 1851 Nr. 1 des R.-G.-Bl. 1852 §. 19 entschied jedoch im Sinne des §. 1316 b. G.-B.: „Die Betriebsunternehmungen haften für die durch eigenes oder durch Verschulden ihrer Beamten und Diener an Personen und Sachen zugefügten Beschädigungen... nach den Bestimmungen des a. b. G.-B. über Schadenersatz." Vgl. auch Randa G.-Z. 1869 Nr. 50.

53) Ueber die Haftpflicht der versendenden und abgebenden Eisenbahn für andere Eisenbahnen, die Haftpflicht für ihre Leute und über die Beweislast hinsichtlich der Schuldlosigkeit vgl. das Betriebsreglement (Hand.-M.-Vdg. vom 1. Juli 1872 Nr. 90 R.-G.-Bl. lit. B. §§. 17—19).

54) Weniger weit geht der Postvereinsvertrag v. 18. Aug. 1860 Nr. 1 R.-G.-B. v. 1861 §. 75, wonach das Postärar für Verlust und Beschädigung der zur Postbeförderung vorschriftmäßig übergebenen Sendungen mit alleiniger Ausnahme des durch Krieg oder unabwendbare Folgen von Naturereignissen herbeigeführten Schadens haftet.

55) Für die ersteren werden 21 fl., für die letzteren 26 fl. 25 kr. östr. W. als Entschädigung vergütet.

56) So Entsch. Sammlung IV. Nr. 1949, während Entsch. G.-Z. 1866 Nr. 77 [= Sammlung V. Nr. 2531] den §. 1316 auch auf Badeanstalten anwendet. Aehnlich Entsch. G.-H. 1870 Nr. 31 [= Sammlung VII. Nr. 3580], jedoch mit dem Motiv, daß sich die Badeanstalt, indem sie die Einrichtung trifft, daß der Schlüssel der Cabine immer in der Verwahrung des Badedieners bleibt, eben hiedurch mit dem Badegaste in das unmittelbare Verhältniß eines Verwahrers versetzt, und darum auch die Haftung eines solchen für die in der Cabine hinterlegten Sachen tragen müsse.

1) Vgl. Cod. de fide et jure hastae

Personen. Er findet statt in Executions- und Concursfällen (sog. nothwendige[2]) gerichtliche Veräußerung) oder auch aus anderen Veranlassungen z. B. in Vormundschafts- und Nachlaßabhandlungsfällen, (freiwillige Versteigerung)[3]) regelmäßig im Wege der öffentlichen Versteigerung (incantatio[4]), Subhastation, Auction); die freiwillige Veräußerung kann ausnahmsweise auch aus freier Hand (ohne Versteigerung) erfolgen.[5])

Erfolgt der gerichtliche Verkauf, der Regel entsprechend, durch öffentliche Versteigerung, so ist er perfect mit der vollendeten Licitation, d. h. regelmäßig mit der Erklärung des die Licitation leitenden gerichtlichen Organs, daß es den Meistbieter als Käufer annehme. Als Verkäufer ist immer derjenige anzusehen, in dessen Namen das Gericht handelt; ihm kommen die aus dem Verkaufe für den Verkäufer erwachsenden Rechte und Verbindlichkeiten zu[6]) (§. 1017; vgl. §. 464 b. G.-B.). Eigenthümlich sind dem gerichtlichen Verkaufe vor Allem die Formen, die dabei beobachtet werden müssen, widrigens das Geschäft als nichtig erscheint; so bei Versteigerungen überhaupt die in der Licit.-O. v. 15. Juli 1786 vorgeschriebenen Formen, und bei zwangsweisen Veräußerungen insbesondere die vorausgehende Schätzung und die Verständigung der auf das unbewegliche Gut versicherten Gläubiger u. s. w.[7])

Die Wirkung des gerichtlichen Kaufes[8]) ist wohl im Allgemeinen jene des Kaufes überhaupt; es bestehen aber gegenüber dieser bestimmt ausgesprochenen Regel einige theils im a. b. G.-B., theils in den Gesetzen über das gerichtliche Verfahren enthaltene Ausnahmsbestimmungen (§. 1089 b. G.-B.). Der Ersteher erlangt den Anspruch auf Uebergabe der Sache; Derjenige, in dessen Namen veräußert wird, ebenso den An-

---

fiscalis et de adjectionibus 10. 3. Mittermaier Grundsätze II. §. 282.

2) Doch gibt es in Concursfällen auch eine freiwillige Veräußerung. C.-O. §§. 23, 147, 148.

3) Sie ist nicht immer eine gerichtliche, sondern es kommen auch Fälle freiwilliger Versteigerungen durch die politischen Behörden vor. §. 269 a. E. des Pat. v. 9. Aug. 1854. Dahin gehört insbes. auch der Fall der Feilbietung von Staatsgütern §. 271 ebda.

4) Daher das französische vendre à l'encan und das deutsche Wort Gant. Mittermaier a. a. O. Note 3.

5) S. §. 232 b. G.-B.

6) Entsch. G.-Z. 1866 Nr. 4 [= Sammlung V. Nr. 2280]. Im Hofd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621 lit. s. (Wessely I. Nr. 1294) wird der Execut ausdrücklich Verkäufer genannt. Darüber, daß als Gläubiger der aus dem executiven Verkauf hervorgehenden Kaufgeldforderung der Verpfänder anzusehen sei, daher der Evictionsanspruch gegen ihn Platz greift, vgl. Pfaff G.-Z. 1868 Nr. 78. 80.

7) Vgl. §§. 326—339, 347 a. G.-O.

8) Die Theorie hat den aus dem gerichtlichen Verkauf entstehenden Rechtsverhältnissen bisher kaum die hinreichende Aufmerksamkeit zugewendet, wenn auch einzelne der hier einschlagenden Fragen schon zu wiederholten und eingehenden Erörterungen geführt haben. Vgl. insbes. Sonnleithner Ztschr. f. östr. R.-G. 1830 II. S. 159—176, Gspan Abh. über die gesetzmäßige Befriedigung der Gläubiger (Graz 1837 ff.), Kopezky in Ztschr. für östr. Rechtsgel. 1847. I. S. 1 fg., Haimerl Beitrag zur Erklärung des §. 338 a. G.-O. Wien 1853, Haan Studien über Landtafelwesen S. 75—77, Turnes G.-Z. 1866 Nr. 96, Pfaff G.-H. 1868 Nr. 79, Archer G.-Z. 1870 Nr. 19, I. R. in G.-Z. 1873 Nr. 47—54.

spruch auf Zahlung des Preises, nur daß diese in der Regel zu Gerichtshanden erfolgt; insoferne nichts Anderes bestimmt wurde, kann beides sofort gefordert werden. Bei executiven Veräußerungen gilt aber das Eigenthümliche, daß der Käufer an Zahlungsstatt die auf dem Gute versicherten Schulden, wenn auch nur bis zum Belaufe der Kaufsumme, als Selbstschuldner übernimmt (§. 328 lit. b, §. 347 a. G.-O.)[9]), und nur den allfälligen Ueberschuß (hyperocha) in Barem an den Veräußerer abführt (§. 464 b. G.-B.). Diese Uebernahme[10]) erfolgt im Zweifel

---

9) A.-G.-O. §. 328: „In den Feilbietungsedicten sollen deutlich ausgedrückt werden . . . b) daß der Meistbietende die auf dem Gute haftenden Schulden, insoweit sich der zu bietende Preis erstrecken wird, übernehmen müsse, wenn die Gläubiger ihr Geld vor der allenfalls vorgeschehenen Aufkündigung nicht annehmen wollten." Danach könnte es scheinen, als ob der Meistbieter nur als Uebernehmer jener Schulden anzusehen sei, deren Gläubiger „ihr Geld vor der Aufkündigung nicht annehmen wollten", so daß er rücksichtlich der übrigen nur als vom Gericht beauftragter Zahler zu betrachten wäre; allein abgesehen vom Hofd. v. 15. Jänner 1787 Nr. 621 J.-G.-S. lit. s, wonach er „den auf dem erkauften Gute mit Pfandrecht versehenen Gläubigern des Verkäufers soweit als sich der Kaufschilling erstreckt, zu haften hat" (Wessely I. Nr. 1294), wo also zwischen den Tabulargläubigern, die ihr Geld annehmen und jenen, die es nicht annehmen wollen, nicht unterschieden wird — es kann sich ereignen, daß auch jene Tabulargläubiger, die „ihr Geld annehmen wollen", ja selbst der Executionsführer mit dem Ersteher nachträglich das Uebereinkommen treffen, daß ihre Capitalien auf dem Gute liegen bleiben sollen. Es greift also wohl der Gedanke des §. 328 weiter als sein Wortlaut. S. auch Note 11. (Ueber freiwillige Versteigerungen s. §. 277 Pat. v. 9. Aug. 1854.)

10) Daß es sich um eine Schuldübernahme handelt, sagt der bestimmte Wortlaut des §. 328 cit.; d r Ersteher wird also soweit persönlicher Schuldner der Tabulargläubiger, wie das auch in der Praxis durchgehends anerkannt ist: Entsch. G.-Z. 1859 Nr. 134, 1860 Nr. 119, 1867 Nr. 94, 1868 Nr. 96, 1870 Nr. 35, 1872 Nr. 26 [= Sammlung II. Nr. 806, 550, V. Nr. 2548, VI. Nr. 3040, VIII. Nr. 3750, IX. Nr. 4333]; der Ersteher kann daher, auch wenn er nicht mehr Besitzer des erkauften Grundstückes ist, auf Zahlung der ihm überwiesenen Tabularschulden geklagt werden: Pl.-Entsch. G.-Z. 1866 Nr. 4, Entsch. G.-Z. 1870 Nr. 35, 1872 Nr. 26 [= Sammlung V. Nr. 2280, VIII. Nr. 3750, IX. Nr. 4333]; die erste dieser Entscheidungen motivirt diesen Satz allerdings nicht durch das Vorliegen einer Schuldübernahme, sondern damit, daß die gerichtliche Meistbotsvertheilung als Cession der Kaufpreisforderung an die Hypothekargläubiger anzusehen sei, — eine Anschauung, die auch der C.-P.-O. für Siebenb. §. 506 Nr. 3 und §. 565 zu Grunde liegt, und von Turnes a. a. O. literarisch vertreten wurde. Mit der A.-G.-O. ist sie aber nicht vereinbar. Sie führt dahin, daß die Tabulargläubiger nicht mehr als Gläubiger aus dem ursprünglichen Rechtsgrunde (z. B. dem Darlehen), sondern als Gläubiger aus dem Kaufvertrage anzusehen wären, und daß sie pro futuro vom Capital und den Zinsen und Kosten weitere Zinsen verlangen könnten, wie denn dann auch schwer zu begreifen wäre, daß ihr Pfandrecht unverändert fortdauert. Gerade diese Fortdauer des Pfandrechts beweist, daß die Schuld des Erstehers mit jener des Executen identisch ist, was sich am ungezwungensten durch die Annahme einer Schuldüberweisung (und zwar da eine ausdrückliche Zustimmung des Schuldners und der Gläubiger nicht wesentlich ist, einer gesetzlichen oder nothwendigen Schuldüberweisung) erklärt. Consequent hierzu muß der Schuldner rücksichtlich der auf den Meistbotpreis gewiesenen Hypothekarforderungen als befreit angesehen werden; in der That wissen auch die Gesetze weiterhin diesfalls nur mehr

mit dem Kaufe selbst[11]), daher nur die bis zu diesem Tage anerlaufenen Zinsen aus dem Kaufpreise zu berichtigen, die weiter laufenden aber von

von einer gegen den Käufer zulässigen Execution: §. 338 a. G.-O. spricht nur von der gegen den Käufer vorzukehrenden Relicitation, und nirgends erwähnt das Gesetz einer Berechtigung, rücksichtlich dieser Forderungen auf das Vermögen des Executen zurückzugreifen; vielmehr bestimmt §. 464 b. G.-B., es habe der Schuldner, wenn der Schuldbetrag aus dem Pfande nicht gelöst wird, „das Fehlende" zu ersetzen, also nur das Fehlende, rücksichtlich des durch den Kaufschilling gedeckten Schuldbetrags ist er frei. Das executiv verkaufte Gut, bezw. der daraus erzielte Erlös, nunmehr der Verfügung des Executen entgegen, ist der Befriedigung der darauf gewiesenen Gläubiger gewidmet; wie wäre es da zu rechtfertigen, den Executen auch fernerweit mit diesen Schulden behaftet sein zu lassen, ihm aber gleichwohl den Zahlungsfond zu entziehen?! Allerdings kann man auch Bedenken erheben gegen die hier vertretene Lehre: Soll Derjenige, der seine Forderung nur vorsichtshalber intabuliren ließ, dabei aber keineswegs die Absicht hatte, sich nur an die Specialhypothek zu halten, sondern das anderweitige beträchtliche Vermögen des Schuldners als Befriedigungsobject im Auge hatte, dieses Rechtes verlustig gehen, weil seine Forderung beim executiven Verkaufe der Hypothek durch den Kaufpreis gedeckt ist? Soll er nicht noch nachträglich auf Befriedigung aus diesem Kaufpreis verzichten und sich an seinen persönlichen Schuldner halten können, gleich als hätte er nie ein Pfandrecht gehabt? Insbesondere, wenn angenommen wird, der Ersteher habe, etwa gar doloser Weise, das Executionsobject weit über seinen wahren Werth erkauft, könne aber diesen Kaufpreis aus seinen Mitteln nicht bezahlen: was nützt hier die Relicitation? Sollen sich die postlocirten Gläubiger nun an den mittellosen Ersteher halten, ohne auf den vielleicht namhaften Vermögensbestand ihres ersten Schuldners zurückgreifen zu können (man setze gar den Fall, daß der erste Schuldner erst nach durchgeführter Execution ein beträchtliches Vermögen erwirbt), während die bei der Meistbotsvertheilung durchgefallenen Gläubiger auf diesen Zahlungsfond Anspruch haben? Gewiß ist es richtig, daß solche Ergebnisse und Mißbräuche möglich sind, allein dies beweist nur, daß die Gesetzgebung für solche Fälle besondere Vorsorge treffen soll, es ist kein Argument de lege lata gegen das oben erwiesene Ergebniß, daß die Tabularforderungen, soweit sie durch den Kaufschilling gedeckt sind, den Schuldner gewechselt haben. Dieses Ergebniß ist insbesondere auch dann von practischer Bedeutung, wenn die überwiesenen Gläubiger mit dem Meistbieter das Uebereinkommen treffen, daß ihre Forderungen auf dem Gute liegen bleiben sollen. Der Gedanke des Gesetzes ist ja der: die noch nicht fälligen Schulden des Executen muß der Ersteher, soweit sie der Kaufpreis deckt, übernehmen; die fälligen sollen sofort zur Zahlung aus dem Kaufpreis gelangen, der Execut also von beiden frei werden. Das vom Gesetze bezüglich der fälligen Schulden gewollte Ergebniß wäre aber vollständig eludirt, wenn das Uebereinkommen, die Schulden auf dem Gute stehen zu lassen, die fortdauernde Haftung des Executen im Gefolge hätte.

11) Auch wenn die Gläubiger mit dem Ersteher übereinkommen, die Schulden auf dem Gute stehen zu lassen, datirt die Schuldübernahme wohl nicht erst von dieser Verabredung, sondern von dem Augenblicke, da der Execut von den Gläubigern befreit wird, d. i. vom gerichtlichen Verkaufe. — Daß dieser Zeitpunkt der entscheidende ist, folgt daraus, daß schon von diesem Tage an die Gläubiger verhindert sind, gegen den Executen anderweitige Execution zu führen, und sich vielmehr der ruhigen Abwicklung des Meistbotvertheilungsgeschäftes anschließen müssen. So Entsch. G.-Z. 1859 Nr. 56, 131, G.-H. 1857 Nr. 13 [= Slg. II. Nr. 725, 999, I. Nr. 233]. Ob freilich der Grund dafür darin zu suchen ist, daß durch die Feilbietung des Gutes eine Art Partikularconcurs eröffnet werde, der die Befriedigungsrechte der Gläubiger soweit hemmt, als sie sonst in den Gang der gerichtsordnungsmäßigen Befriedigung störend eingreifen würden, ist streitig; vgl. einerseits Jud. Buch Nr. 57

dem Käufer selbst zu tragen sind.[12]) — Als Schuldübernehmer hat der Käufer gegen die Gläubiger die nämlichen Einwendungen, die dem Verkäufer zuständig waren; wird er in Folge der Vorschützung solcher Einwendungen von der Zahlung einer Schuld enthoben, so wächst deren Betrag der Hyperocha zu. Der Verkäufer hinwieder kann seine Forderung auf die Hyperocha beliebig cediren; erfolgte diese Cession, bevor weitere Gläubiger ein Pfandrecht oder ein Verbot auf diesen Anspruch des Verkäufers erwirkt haben, so bleiben die fraglichen Sicherstellungsmittel unwirksam.[13])

Da der Ersteher persönlicher Schuldner der auf den Kaufpreis gewiesenen Gläubiger wird, so bleibt er es auch im Falle des Weiterverkaufs[14]), — es sei denn der letztere eine sog. Relicitation, d. i. eine gegen den ersten Ersteher wegen nicht zugehaltener Zahlungsfristen von einem Gläubiger oder dem ersten Executen erwirkte neuerliche Zwangsfeilbietung (§. 338 a. G.-O.), bei welcher der neuerliche Ersteher dem früheren gegenüber in eben jenes Verhältniß tritt, wie es zwischen diesem und dem ersten Executen bestand. Der neuerliche Ersteher nimmt somit in diesem Falle dem früheren jenen Theil der Schulden ab, der durch den neuen Kaufpreis gedeckt erscheint, während für die durch diesen Kaufpreis nicht gedeckten der frühere Ersteher verhaftet bleibt[15]); daraus folgt zugleich, daß ein allfälliger, bei der zweiten Erstehung erzielter Mehrbetrag dem ersten Ersteher, nicht aber, wie manche meinen, dem ersten Executen gebührt.

Der Eigenthumsübergang an den Käufer erfolgt auch beim gerichtlichen Kaufe nicht schon mit dem Abschluß des obligatorischen Geschäftes, sondern bei beweglichen Sachen durch die Tradition, bei unbeweglichen durch die Umschreibung; ebenso gelten bei verkauften Schuldforderungen die diesfalls von der Uebertragung solcher angeführten Bestimmungen. Da hienach selbst bei einem executiv verkauften unbeweglichen Gut der Execut dessen Eigenthümer bleibt, bis der Ersteher als Eigenthümer einverleibt wird, so wäre damit die Möglichkeit gegeben, durch eine neuerliche außergerichtliche

---

= G.-Z. 1872 Nr. 81 [= Manz'sche Slg. I. S. 57], anderseits Archer a. a. O. — Uebrigens fehlt es auch nicht an abweichenden Entscheidungen; so gehen Entsch. G.-H. 1870 Nr. 25, G.-Z. 1870 Nr. 35 [= Schimkowsky II. Nr. 1014, Samml. VIII. Nr. 3750] davon aus, daß das obligatorische Verhältniß zwischen den Gläubigern und dem Ersteher erst durch den Meistbotvertheilungsbescheid begründet werde. S. auch die folgende Note.

12) So sehr bestimmt Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 22 [= Samml. VI. Nr. 3192], während in Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 64 [= Samml. VI. Nr. 3211] die zweite Instanz den Tag der Verhandlung über die Meistbotvertheilung, die erste und dritte den Tag des kundgemachten Versteigerungsedictes als den maßgebenden ansahen. Vgl. auch Entsch. G.-Z. 1872 Nr. 26 [= Samml. IX. Nr. 4333].

13) Vgl. Entsch. G.-H. 1870 Nr. 45 [= Schimkowsky II. Nr. 1219].

14) Vgl. die einschlagenden Entsch. in Note 10.

15) Es besteht also nicht etwa ein Gesammtschuldverhältniß zwischen den beiden Erstehern. — Vgl. auch hier die in Note 12 a. E. angef. Entsch. G.-Z. 1872 Nr. 26.

mit sofortiger Umschreibung verbundene Veräußerung oder ebensolche neuerliche Hypothecirung[16]) das Recht des Erstehers zu eludiren (§§. 440, 461).[17]) Um solche Eventualitäten hintanzuhalten, verordnet §. 72 G.-B.-G. die unweilte bücherliche Annotation des vollzogenen gerichtlichen Verkaufs; diese Anmerkung hat die Wirkung, daß weitere Eintragungen gegen den bisherigen Eigenthümer nur für den Fall ein Recht bewirken, als die Versteigerung für unwirksam erklärt wird (interdictum de non alienando et onerando). Eine nach der Versteigerung, aber vor der Anmerkung erfolgte bücherliche Eintragung der bemerkten Art könnte nach dem Geiste der diesfälligen Gesetze nur ein Recht auf die hyperocha gewähren.[18])

Abweichend von der Bestimmung des §. 443 b. G.-B. gilt bei executiven Verkäufen die Regel, daß die den Kaufpreis übersteigenden bücherlichen Lasten zu löschen sind (§. 328 a. G.-O.), und daß sich ein intabulirtes Bestandrecht (abweichend von §. 1095 b. G.-B.) in eine

16) Auch diese würde ja dem neuen Hypothekargläubiger die Möglichkeit eines neuerlichen (executiven) Verkaufes verschaffen.

17) Vor dem Gb.-G. war in der Praxis auch die strenge Meinung vertreten, es sei nach der executiven Versteigerung überhaupt keine Intabulation gegen den Executen mehr zulässig (Entsch. G.-H. 1865 Nr. 25, G.-Z. 1867 Nr. 7, 65 [= Samml. IV. Nr. 1696, VI. Nr. 2575, Riehl I. S. 516]). Diese Anschauung war auch im älteren Rechte unrichtig. Der Execut kann auch nach den Gesetzen aus der Zeit vor dem Gb.-G. während der Dauer der Execution das Gut veräußern, nur wird dadurch die letztere in ihrem Gange nicht gehemmt (Pat. v. 5. April 1782, J.-G.-S. Nr. 40, Note der Justizgesetzgebungshofcommission v. 15. März 1815, Hofd. v. 23. Mai 1827 bei Wessely I. Nr. 1230, 1335, 1336), und nach Hofd. v. 12. Oct. 1790, Nr. 95 J.-G.-S. (Wessely Nr. 1198) hat die executive Intabulation einer bereits intabulirten Forderung den Zweck, diese Wirksamkeit der begonnenen Execution auch gegen Dritte zu ermöglichen, und die gleiche Function hat auch die Anmerkung nach §§. 3, 4 der Min.-Vdg. v. 19. Sept. 1860. (Vgl. Entsch. G.-Z. 1870 Nr. 84 [= Sammlung VII. Nr. 3293], wonach nach erfolgter executiver Intabulation, wenn nun der Execut Theile des in Execution gezogenen Gutes veräußert und dem Erwerber übergibt, das den Ersteher in den Besitz setzende Gericht berechtigt ist, den Erwerbern die erworbenen Stücke einfach (ohne Eigenthumsproceß und ohne daß die Besitzer die Besitzstörungsklage dagegen anwenden könnten) abzunehmen und dem Ersteher zu übergeben.) Die Execution ist aber nicht schon vollendet mit dem executiven Verkauf, sondern — wie die Praxis meist annimmt (s. Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 67, 1870 Nr. 49 [= Sammlung VII. Nr. 3457, VIII. Nr. 3787.]) — der letzte Executionsact ist die Besitzeinführung des neuen Erstehers. Soll nun aber die Execution in ihrem Gange nicht gehemmt werden können, so ist es allerdings ein unausweichliches Postulat, daß den Rechtswirkungen von Verfügungen des Executen zum Mindesten etwas entzogen oder ihnen entgegengewirkt werden könne. In weiterer Consequenz finden wir auch schon in der älteren Praxis den Satz, daß nach erfolgter Feilbietung kein anderer Tabulargläubiger eine neuerliche Schätzung und Feilbietung erwirken kann. Entsch. G.-Z. 1859 Nr. 56, 131, G.-H. 1857, Nr. 13, 1869 Nr. 58, G.-Z. 1869 Nr. 68 [= Sammlung II. Nr. 725, 999, I. Nr. 233, VII. Nr. 3346, VI. Nr. 3206.]

18) So schon die ältere Praxis, indem sie den Verkauf oder die Verpfändung des Gutes durch den Executen als Cession oder Belastung der Hyperocha auffaßte. Pl.-Entsch. G.-H. 1865 Nr. 96, G.-Z. 1868 Nr. 20, Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 97 [= Peitler, Wechselr. Entsch. Nr. 362, Sammlung VI. Nr. 2813; die letzte Entsch. fehlt in den Sammlungen].

hypothekarisch versicherte Ersatzforderung verwandelt (§. 1121), welche letztere Bestimmung auch für freiwillige Veräußerungen in Concursfällen gilt (§. 23 C.-O.). Auch hat jede gerichtliche Veräußerung eine Beschränkung des auf der Sache etwa haftenden Vorkaufsrechtes zur Folge (§. 1076). Auch bei gerichtlichen Käufen gelten die Grundsätze von der Gewährleistung; die Evictionsleistung wegen Verkaufs einer fremden beweglichen Sache ist jedoch ausgeschlossen, weil der redliche Käufer der Eigenthumsklage gar nicht ausgesetzt ist (§. 367), dem unredlichen aber der Evictionsanspruch wegen §. 929 überhaupt nicht zusteht. Einen Anspruch wegen Verletzung über die Hälfte gibt es bei gerichtlichen Käufen nicht (§. 935).[19]) In Betreff des Ueberganges der Gefahr und der Nutzungen auf den Käufer gelten auch hier die allgemeinen Grundsätze.[20]) [Ueber die Executionsnov. von 1887 vgl. das Proceßrecht.]

§. 369. Wesen der Sachenmiethe.[1])

Der Miethvertrag im Allgemeinen charakterisirt sich als entgeltliche Einräumung des Gebrauchsrechtes einer Sache (im weiteren Sinne) oder einer Arbeitskraft; im ersteren Falle spricht man von Sachenmiethe (loc. cond. rerum), im zweiten von Dienstmiethe (loc. cond. operarum).[2]) Er unterscheidet sich also von Veräußerungsverträgen dadurch, daß bei diesen das Recht selbst, beim Miethvertrag nur dessen Ausübung an einen Anderen überlassen wird.[3]) Die Sachenmiethe insbesondere, für welche das b. G.-B. die ältere Bezeichnung „Bestandvertrag"[4]) hat, ist die gegen einen bestimmten Preis überlassene zeitliche[5]) Benutzung[6]) eines unverbrauchbaren Vermögensstückes (§. 1090). Diese Benutzung enthält entweder nur einen Gebrauch oder einen Fruchtbezug; im ersten Falle spricht man von Miethe im eigentlichen Sinne, im zweiten von Pacht[7]); weil

---

19) Gemeinrechtlich gilt dieser Satz nicht, wohl aber in mehreren deutschen Partikularrechten. Mittermaier Note 6.

20) Ob die Bestimmung des österr. R. in Betreff der Ungiltigkeit der Verabredung, durch welche sich Jemand verpflichtet, bei einer Licitation nicht zu erscheinen u. dgl. gemeinrechtlich zu begründen sei, ist streitig. Mittermaier §. 282 a. E. und Note 12.

1) Vgl. Scheidlein Abhandlungen über den Mieth- und Pachtvertrag. Wien 1818, 1819. Kopetzky Der Wohnungsbestandvertrag. Wien 1841.

2) Keller §. 335, Windscheid §. 399.

3) Man kann sagen, es werde bei der Dienstmiethe die Benutzung der Person, wie bei der Sachenmiethe die Benutzung der Sache einem Anderen überlassen.

4) Auch Walter Syst. §. 265 hat diesen Terminus, und hebt hervor, daß er die ältere Bezeichnung für Pacht und Miethe ist.

5) Im Gegensatze zur immerwährenden beim Erbpacht; vgl. Entsch. O.-G. 1857 Nr. 117 [= Samml. I. Nr. 386].

6) Sie muß nicht nothwendig eine ausschließliche sein. Vgl. Entsch. O.-H. 1866 Nr. 48 [fehlt in den Sammlungen]: Das gegen einen bestimmten Zins eingeräumte, nicht intabulirte (Mit-) Benutzungsrecht eines Weges gilt als Bestandrecht.

7) So A.-L.-R. I. 21 §§. 258, 259 und ebenso der Sprachgebrauch der Romanisten (Keller §. 336, Windscheid §. 399 Note 4). Die Römischen Quellen unterscheiden im Ausdruck nicht Pacht und Miethe; aber sie nennen doch den Pächter eines fruchttragenden Grundstückes colonus, den Miether eines Hauses inquilinus. Windscheid a. a. O.

nun zur Erzielung von Früchten regelmäßig Mühe und Arbeit nothwendig ist, so wird im b. G.-B. minder passend dieses Merkmal als das das Pachtverhältniß charakterisirende hervorgehoben[8]) (§. 1091). Der Unterschied von Miethe und Pacht ist praktisch sehr wichtig mit Hinsicht auf §§. 1099, 1101, 1105—1108, 1109, 1115, 1116. Wo Gebrauch und Fruchtbezug möglich sind, ist das, was vorzüglicher ist, ausschlaggebend (§. 1091).[9])

Gegenstand der Verpachtung oder Vermiethung kann Alles sein, was möglicher Gegenstand des Verkaufes ist, vorausgesetzt, daß es entweder unverbrauchbar, oder der eingeräumte Gebrauch von solcher Art ist, daß er auch an verbrauchbaren Sachen denkbar ist[10]) (§. 1092), also bewegliche und unbewegliche Sachen, auch Rechte, wie Nießbrauch, Wohnungsrecht, Gewerberechte[11]), sogar das Mieth- oder Pachtrecht selbst, in welchem Falle eine sog. Aftermiethe (sublocatio) entsteht[12]); so begreift sich, daß auch der Eigenthümer in die Lage kommen kann, seine eigene Sache, wenn deren Gebrauch einen Anderen zusteht, zu miethen (§. 1098)[13]); die irrthümliche Miethung der eigenen Sache wäre jedoch allerdings nichtig.[14])

Auch hinsichtlich der Erfordernisse der Sachenmiethe gilt im Allgemeinen das vom Kauf Bemerkte (§. 1092)[15]); sie läßt sich als ein Kauf des Gebrauchsrechtes bezeichnen. Der Vertrag ist perfect, sobald die Contrahenten über die essentialia negotii — Sache und Preis — wenn auch nur mündlich oder stillschweigend einig geworden sind (§. 1094)[16]); der Uebergabe bedarf es zur Perfection nicht.[17]) Der Preis, sog. Pacht-

---

8) Minder passend — denn es unterliegt doch keiner Frage, daß die Bestandgabe eines Theaters eine Vermiethung, die eines Weidegrundes eine Verpachtung ist, obwohl ersteres nur durch Fleiß und Mühe, letzterer ohne solche benutzt werden kann. Die Praxis hat sich durch die Formulirung des Gesetzes in der Regel nicht irre machen lassen; vgl. Entsch. G.-Z. 1858 Nr. 128 [= Sammlung I. Nr. 316]: Bestandnahme eines zum Apothekerbetrieb bestimmten Hauses zu diesem Zwecke ist Mieth-, nicht Pachtvertrag; Entsch. G.-Z. 1865 Nr. 19, 1874 Nr. 93 [= Sammlung IV. Nr. 1616, XII. Nr. 5502]: Bestandgabe eines Zimmers zum Betriebe eines Kaffeeschankgewerbes ist Miethe; Entsch. G.-Z. 1867 Nr. 62 [= Sammlung VI. Nr. 2805]: ebenso die Bestandnahme eines Gartens zur Errichtung eines Sommertheaters. Dagegen ist (Entsch. G.-Z. 1867 Nr. 73 [= Sammlung VI. Nr. 2790]) Bestandgabe einer radicirten Wirthshausgerechtsame ein Pachtvertrag.

9) Ebenso nach gemeinem Recht. Keller §. 336.

10) Windscheid §. 399.

11) Windscheid §. 399 Note 8.

12) Arndts §. 310.

13) Arndts a. a. O., Windscheid Note 10.

14) Windscheid a. a. O. Der Eigenthümer kann nicht verhalten werden, den Miethzins für die Zukunft zu bezahlen, und kann ihn auch für die Vergangenheit zurückfordern, wofern der Vermiether nicht redlich ist (§. 333). Er muß aber trotzdem (§. 1109) die Sache dem Vermiether zurückstellen.

15) L. 2 pr. D. loc. 19. 2: Locatio et conductio proxima est emtioni et venditioni, iisdemque juris regulis consistit. Windscheid §. 399 a. E., Keller §. 335 a. E.

16) Ein besonderer Fall der stillschweigenden Abschließung ist die relocatio tacita (§. 1115).

17) Hierdurch und durch die Entgelt-

oder Miethzins (merces) muß, wie beim Kaufe, in barem Gelde bestehen und genau bestimmt sein[18]), was jedoch, wieder wie beim Kauf, die Möglichkeit anderer Nebenleistungen nicht ausschließt (§. 1092); würde also das Entgelt ganz oder vorzugsweise in etwas Anderem, als in barem Gelde bestehen, so wäre eine Sachenmiethe nicht vorhanden[19]); darum liegt nicht ein Pacht-, sondern ein Gesellschaftsvertrag vor, wenn das Entgelt für die überlassene Benutzung eines Gutes in einer Quote der zu erzielenden Früchte besteht (§. 1103)[20]); nur in einer Richtung[21]) wird das Geschäft nach östr. Recht gleichwohl als Pachtvertrag angesehen.

§. 370. Verbindlichkeiten des Bestandgebers.

Der Bestandgeber ist vermöge des Vertrages verpflichtet, die Sache dem Bestandnehmer in brauchbarem Zustande zu übergeben[1]), und den zu diesem Zwecke erforderlichen Aufwand aus Eigenem zu bestreiten (§. 1096); bei Feldgrundstücken liegt darin insbesondere die Verbindlichkeit zur Uebergabe in gewöhnlicher landwirthschaftlicher Cultur (arg. §. 1109). Soweit nicht das Gegentheil verabredet wurde, ist auch das Zubehör als mitvermiethet anzusehen (§. 1110, 1094 mit §. 1047).[2]) Der Bestandgeber muß ferner dem Bestandnehmer während der bestimmten Zeit den vertragsmäßigen Gebrauch und Genuß gewähren (§. 1098), und zwar im Zweifel jeden mit der Schonung der Substanz vereinbarlichen Gebrauch und Genuß (§§. 504, 509)[3]), und „darf während der Dauer der Miethe nicht willkürlich störende Veränderungen vornehmen“[4]) (§. 1096). In der Verbindlichkeit zur Gewährung des Gebrauches liegt auch die weitere zur Erhaltung[5]) der Bestandsache in fortwährend brauch-

lichkeit unterscheidet sich die Miethe vom Commodat.

18) Puchta §. 365, Windscheid §. 399, Keller §. 335, Haimberger §. 527. — Wie aus Zeiller ad §. 1092 Nr. 4 erhellt, ist hauptsächlich dies der Sinn des nicht gut stylisirten zweiten Satzes des §. 1092.

19) Windscheid §. 399.

20) So die colonia partiaria auch nach röm. R. L. 25 §. 6 D. loc. 19. 2. Vgl. auch Cod. civ. Art. 1763, 1771.

21) Nämlich rücksichtlich der Aufkündigung und des Verfahrens bei Streitigkeiten aus diesem Vertrage. Min.-Vdg. v. 16. Nov. 1858, Nr. 213 R.-G.-B. §. 23.

1) Befinden sich auch nur einzelne Theile des Bestandobjectes in unbrauchbarem Zustande, so ist der Bestandnehmer die Uebernahme des Bestandobjectes zu verweigern berechtigt. Entsch. G.-H. 1868 Nr. 41 [= Sammlung VI. Nr. 2903].

2) Arndts §. 311, Keller §. 337, Windscheid §. 400, Haimberger §. 529.

3) Denn dies gehört zum Begriffe des Gebrauchs. Danach hat der Miether auch das Recht, den Hofraum des Vermiethers zum Zwecke der Zufahrt mit einer Equipage zu benutzen (Tegazzini und Menzel Rechtsf. im Jurist XVI. S. 447—477 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 905]). Dagegen steht dem Pächter das Recht, Sand zu graben, im Zweifel nicht zu.

4) Keller §. 337. Auch der Cod. civ. Art. 1719, 1723, 1724 hebt diesen Gesichtspunkt besonders hervor. Vgl. auch §. 1118 b. G. B.

5) Dies bezieht sich jedoch nur auf die ordentlichen Erhaltungskosten; außerordentliche Unglücksfälle, z. B. Verwüstungen des Pachtgutes durch Elementarereignisse berechtigen nur, einen Nachlaß am Pachtzinse zu verlangen. Entsch. G.-Z. 1864 Nr. 42 [= Sammlung IV. Nr. 1843].

barem Zustande (§. 1096)[6]; nur wenn es sich um eine gewöhnliche Ausbesserung der auf dem Pachtgute befindlichen Wirthschaftsgebäude handelt, hat der Pachter die hiezu erforderlichen Materialien, insoweit sie auf dem Pachtgute vorhanden sind, ferner die Dienste, die er allenfalls als Pachter von Dritten zu fordern berechtigt ist, beizustellen[7]), alles Andere aber der Verpachter zu bestreiten (§. 1096). Hat der Bestandnehmer einen dem Bestandgeber obliegenden Aufwand auf die Bestandsache gemacht, oder dieselbe aus Eigenem verbessert, so gilt er als Geschäftsführer ohne Auftrag[8]), muß aber den Rückersatzanspruch spätestens innerhalb sechs Monaten nach der Rückstellung der Bestandsache bei sonstiger Verjährung geltend machen, weil nach Ablauf dieser Zeit angenommen wird, er habe auf die Geltendmachung dieses Anspruchs verzichtet (§. 1097). Was die auf der Bestandsache haftenden Lasten und Abgaben anbelangt, so ist zwischen Miethen und Pachtungen zu unterscheiden: bei den ersteren trägt sie der Vermiether, bei den letzteren hingegen, mit Ausnahme der Hypothekarlasten, regelmäßig der Pachter[9]); nur wenn die Pachtung nach einem Anschlage, d. i. unter Zugrundelegung einer Berechnung der mit der Pachtung verbundenen Auslagen und Erträgnisse contrahirt wurde[10]), übernimmt der Pachter nur die bei dieser Berechnung von dem Erträgniß abgezogenen Lasten. Daß er in allen Fällen die auf den Früchten, nicht auf dem Gute haftenden Lasten (z. B. die Einkommensteuer, vormals die Zehentlast) zu tragen hat, versteht sich von selbst (§. 1099).

Hat der Bestandnehmer die dem Bestandgeber zur Last fallenden Abgaben u. s. f. bestritten, so gebührt ihm gleichfalls als Geschäftsführer ohne Auftrag der Ersatz (§. 1042). Die Geltendmachung dieses Anspruches ist jedoch keineswegs auf die im §. 1097 normirte Verjährungszeit beschränkt.[11])

Der Bestandnehmer kann die Bestandsache persönlich gebrauchen; er kann aber auch, wenn ihm dies im Vertrage nicht ausdrücklich untersagt wurde und woferne es ohne Benachtheiligung des Eigenthümers geschehen

---

6) Ebenso nach röm. R. Arndts, Keller, Windscheid a. a. O. Vgl. Cod. civ. Art. 1720, 1754.

7) Diese Ausnahme kennt das röm. R. nicht.

8) Ebenso wohl auch nach röm. R. Arndts §. 311, Keller §. 377; Windscheid §. 400 will ihm bei nützlicher Verwendung nur das jus tollendi zugestehen.

9) Nach röm. R. trägt sie, ohne diese Unterscheidung immer der Bestandgeber (Arndts §. 311, Windscheid §. 400). — Den Vermiether im eigentlichen Sinn trifft daher auch die Einquartierungslast, ausgenommen, sie wäre in Kriegszeiten vom Feinde aufgelegt worden, in welchem Falle sie nach dem Grundsatze damnum sentit dominus der Miether tragen muß (Vangerow III. S. 462 §. 641. Entsch. G.-H. 1870 Nr. 98 [= Sammlung VIII. Nr. 3923]). Der Miether kann im ersten Falle auch nach §. 1105 Nachlaß am Miethzins fordern.

10) Eine Pachtung ohne solche (von beiden Contrahenten einverständlich zu Grunde gelegte) Berechnung heißt Pachtung „in Bausch und Bogen". Zeiller ad §. 1099 Nr. 2, Dulheuer preuß. R. S. 276.

11) §. 1097 setzt einen auf die Bestandsache gemachten Aufwand voraus; die Zahlung dieser Abgaben ist ein solcher nicht.

kann, die Ausübung seines Gebrauchsrechtes einem Anderen überlassen, was man Afterbestand (sublocatio) nennt (§. 1098).[12]) Der Afterbestandnehmer steht in einem Vertragsverhältniß nur mit dem Hauptbestandnehmer, und hat daher gegen den Eigenthümer weder Rechte noch Pflichten[13]); eben darum, weil er nur die Rechte des Hauptbestandnehmers ausübt, wirkt die gegen diesen eingetretene Erlöschung des Bestandverhältnisses[14]) oder des letzteren Verurtheilung ipso jure auch gegen den Afterbestandnehmer (§. 21. Vdg. v. 16. Nov. 1858 Nr. 213 R.-G.-B.).[15])

Vom Afterbestand verschieden ist die Cession der dem Bestandnehmer zustehenden Rechte[16]), durch welche der Cessionar unmittelbarer Gläubiger des Bestandgebers wird und der Bestandnehmer dies zu sein aufhört (§§. 1394—96)[17]), während allerdings die dem letzteren obliegenden Verbindlichkeiten nicht von selbst auf den Cessionar übergehen, sondern dies erst eine specielle Schuldübernahme voraussetzt (§§. 1402, 1407). Die Cession der Bestandnehmerrechte ist also — das Vorhandensein der sonstigen Erfordernisse vorausgesetzt — gleichstehend der Cession irgend einer anderen z. B. gekauften Forderung, während der Afterbestand eine wahre Sachenmiethe ist. Allerdings ist aber auch eine solche Cession nur zulässig unter den nämlichen Beschränkungen, denen auch der Afterbestand unterworfen ist.

Da das dem Bestandnehmer zustehende Gebrauchsrecht nur ein Forderungsrecht auf das Dulden des Gebrauches ist, so wirkt es lediglich gegen den Bestandgeber und dessen Erben, nicht auch gegen deren Singularnachfolger (§§. 307, 443). Bei unbeweglichen Sachen gewährt jedoch das Rechtsinstitut der Intabulation ein Mittel, das Bestandrecht mit Wirksamkeit auch gegen den Singularnachfolger auszustatten; zu diesem Zwecke muß über den Bestandvertrag eine mit den gesetzlichen Erfordernissen versehene Tabularurkunde errichtet werden (§. 445). Eine Pränotation ist nur zulässig, „wenn sowohl der Bestand des Rechtes, als die Einwilligung zur Eintragung hinlänglich bescheinigt sind".[18]) Wo da-

12) Ebenso auch nach röm. R. Keller §. 336. Beim Commodat besteht ein solches Recht nicht.

13) Windscheid §. 400 Note 23, Arndts §. 310.

14) Wenn also Bestandgeber und Bestandnehmer den Vertrag aufheben, so wirkt dies ipso jure auch gegen den Afterbestandnehmer. Entsch. G.-Z. 1859 Nr. 42 [= Sammlung II. Nr. 643]; offenbar hat aber dann der Afterbestandnehmer (arg. §. 1120) Anspruch auf Genugthuung.

15) Gegen den Afterbestandnehmer unmittelbar hat der Eigenthümer keine anderen, als die Eigenthumsklagen. Vgl. Rechtslex. VII. S. 795.

16) Vgl. über diesen Unterschied Rechtslex. VII. S. 799 und Cod. civ Art. 1713.

17) Ein ähnliches Verhältniß erzeugt die Beerbung des Bestandnehmers. Auch die executive Sequestration der Pachtrechte durch einen Gläubiger des Pachters erscheint als ein cessionsartiges Verhältnis. Stöckl (Jurist XVII. S. 492) hält eine solche Sequestration nur unter der Voraussetzung der Intabulation des Pachtvertrages für zulässig — was wohl schwerlich richtig sein möchte.

18) So nunmehr §. 37 Gb.-G. Vordem war die Frage streitig. Die Einen betrachteten die Pränotation eines Bestandvertrages als grundsätzlich unzulässig; so Winiwarter, Stubenrauch, Ordacki und Entsch. G.-Z. 1856.

gegen keine öffentlichen Bücher bestehen, und hinsichtlich der beweglichen Sachen gibt es kein solches Mittel, das Bestandnehmerrecht in voraus gegen Singularsuccessoren wirksam zu machen. — Uebrigens wird dieses Recht durch die Intabulation keineswegs — wie §. 1095 sich dies vorstellt — zu einem dinglichen Recht gemacht (§. 308 b. G.-B., §. 9 G.-B.-G.)[19]), sondern es gestaltet sich das Rechtsverhältniß zu einer auf dem betreffenden Grundstück haftenden Realschuld, vermöge deren jeder Besitzer des Grundstücks und nur dieser[20]) Subject der aus dem Bestandverhältniß hervorgehenden Verbindlichkeiten wird; den Gläubigern desselben wird dadurch die Möglichkeit unbeschränkter Befriedigung aus der Bestandsache nicht geschmälert (§. 1121). Aus dieser Auffassung folgt zugleich, daß die nur den Vorzug des (wirklich) dinglichen Rechtes statuirende Bestimmung des §. 440 b. G.-B.[21]) auf die Intabulation des Bestandvertrages keine Anwendung leidet, d. h. bei mehrfacher Bestandgabe (an verschiedene Bestandnehmer) entscheidet die Priorität der Uebergabe des Bestandobjectes.[22])

Durch die Intabulation des Bestandvertrages wird[23]) auch die Berechtigung des Bestandgebers derartig mit der Bestandsache verbunden, daß sie mit dieser an jeden Eigenthümer derselben übergeht (§. 442)[24]),

---

Nr. 110, 1861 Nr. 107 [= Peitler 1. Aufl. Nr. 241, Sammlung III. Nr. 1344]; ja Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 17 [= Schimkowsky I. Nr. 68] erklärte auch die Pränotation des Miethvertrages zur pfandrechtlichen Sicherstellung des Miethers für unzulässig. Die entgegengesetzte Ansicht war vertreten bei Scheidlein S. 20 und in Entsch. G.-Z. 1860 Nr. 120 [= Sammlung III. Nr. 1116]. In der Mitte stand die Meinung, es sei hier, wie bei allen auf ein Grundstück zu legenden Verbindlichkeiten (z. B. Reallasten) Voraussetzung der Pränotation, daß in einer wenigstens glaubwürdigen Urkunde die Bestandgabe auch für die Nachfolger im Besitze des Grundstücks zugesichert worden sei. So Frey G.-H. 1868 Nr. 15, 16, Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 86, 93, Pl.-Entsch. ebda Nr. 93, Entsch. G.-H. 1870 Nr. 3 [= Schimkowsky I. Nr. 64, 98, 68, II. Nr. 915].

19) Kopetzky Wohnungsbestandvertrag S. 53 fg., Weiske G.-Z. 1857 Nr. 95, 96, Scheidlein S. 20 traten dafür ein, daß die Intabulation das Bestandrecht wirklich zu einem dinglichen Recht (und zwar wie der Erste und Dritte lehrten, zu einer persönlichen Servitut) erhebe. Dies ist nun negirt im §. 9 Gb.-G.

20) Der frühere Besitzer (der ursprüngliche Contrahent) tritt also, indem er aus dem für das Obligirtsein maßgebenden Zustand heraustritt, ganz heraus aus dem obligatorischen Verhältniß; nur als Execut haftet er noch (§. 1121) für die Schadloshaltung wegen vorzeitiger Auflösung des Bestandverhältnisses, aber auch hier nicht mehr persönlich, sondern nur mit dem Kaufpreis des executiv veräußerten Gutes. Uebereinstimmend Unger Verträge zu Gunsten Dritter S. 22 Note 25.

21) Sie beruht also auf der Voraussetzung, daß dingliches und persönliches Recht in Conflict gerathen.

22) So auch Entsch. G.-Z. 1857 Nr. 119 [= Sammlung I. Nr. 384], (allerdings in einem Falle erflossen, in welchem überhaupt keine Intabulation stattgefunden hatte.) Die Ratio des im Text enthaltenen Satzes ist darin gelegen, daß die Bestimmung der Intabulation des Bestandrechtes darin aufgeht, nur im Falle der Veräußerung der Bestandsache dem Rechte des Bestandnehmers größere Festigkeit zu geben. — Anders Weiske a. a. O., der den §. 440 auch hier angewendet wissen will.

23) Entsprechend dem Grundsatze: Wer die Last hat, hat auch den Vortheil (§§. 1048—1051).

24) Unger Verträge zu Gunsten Dritter S. 22 Note 25.

mit andern Worten: die Veräußerung der Bestandsache enthält zugleich eine Cession des Bestandgeberrechtes.[25])

Ist das Bestandnehmerrecht nicht intabulirt, so ist der Singularnachfolger des Bestandgebers[26]), sobald er Eigenthümer geworden ist[27]), kraft seines dinglichen Rechtes berechtigt, ohne Rücksicht auf den Bestandvertrag (der ihn ja nicht bindet) die Sache von dem Bestandnehmer mit der einzigen Beschränkung zurückzufordern, daß er ihm vorläufig in dem gesetzlichen Termine[28]) kündigen muß (§. 1120; „Kauf bricht Miethe"). Eben darum aber, weil der Singularsuccessor des Bestandgebers durch den von diesem abgeschlossenen Bestandvertrag nicht gebunden ist, erscheint es als Pflicht des Bestandgebers, bei der von ihm ausgehenden Veräußerung der Bestandsache dafür zu sorgen, daß der Erwerber den Bestandnehmer in der ungestörten Fortbenutzung derselben belasse[29]), und er ist im Verschulden, wenn er dies unterläßt[30]), daher der Bestandnehmer, wenn er dem neuen Eigenthümer weichen mußte, von dem Bestandgeber volle Schadloshaltung[31]) zu fordern berechtigt ist (§. 1120), ohne daß

---

25) Der Erwerber der Sache kann daher das Pacht- oder Miethgeld einfordern, und den Bestandgeber zur Einhaltung des Bestandvertrages während der im Bestandvertrag vereinbarten Zeit verhalten.

26) Nicht auch derjenige, der nur Miteigenthum an der Bestandsache erwarb, wegen der Untheilbarkeit der Obligation (Entsch. des östr. O.-L.-G. in G.-H. 1869 Nr. 48); wohl aber findet das im Text Gesagte analoge Anwendung auf den Fruchtnießer, Gebrauchs- od. Wohnungsberechtigten (Rechtslex. VII. S. 796, Vangerow III. §. 643).

27) §. 1120 setzt voraus, daß dem Singularsuccessor „bereits übergeben" worden sei. Bei Grundbuchsobjecten kann unter dieser Uebergabe (arg. §. 1053) nur die Intabulation zu verstehen sein. Die physische, an welche Kopetzky (S. 157 fg.) denkt, bringt den Käufer, der ja in keinem obligatorischen Verhältniß zum Bestandnehmer steht, noch nicht in eine Rechtslage, die ihn zur Austreibung des letzteren autorisiren könnte. — Bei Nichttabulargrundstücken erfolgt die Uebergabe an den Singularsuccessor durch Anweisung des Miethers oder Pachters, die Sache fortan im Namen des neuen Eigenthümers zu detiniren.

28) D. i. in dem im §. 1116 bestimmten (Entsch. G.-Z. 1853 Nr. 12, 153 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 945, 944]); ist eine Kündigungsfrist vertragsmäßig verabredet, und diese dem neuen Eigenthümer günstiger als die gesetzliche, so kann er sie benutzen, wenn er sich von dem Veräußerer dessen Vertragsrechte cediren läßt: Entsch. in Haimerl's Mag. XV. S. 408 fg. [= Peitler 2. Aufl. Nr. 938]. — Nach Cod. civ. Art. 1748 ist in der ortsüblichen Frist zu kündigen.

29) Wird dies im Veräußerungsvertrage verabredet, so hat der Bestandnehmer daraus nach §. 1019 ein directes Klagerecht gegen den neuen Eigenthümer. Vgl. Bähr dogm. Jahrb. VI. S. 182 und schon Kopetzky S. 160 unter Berufung auf §§. 1400—1409. Dagegen Randa G.-Z. 1870 Nr. 7. — Wie aber, wenn der neue Eigenthümer abermals veräußert?

30) Windscheid §. 400, Arndts §. 311.

31) Vgl. L. 25 §. 1 L. 32 D. loc. 19. 2. Zur „vollkommenen Genugthuung" im Sinne des §. 1120 gehört nicht nur der Mehrbetrag des neuen Miethzinses, den der exmittirte Bestandnehmer nun zahlen muß, sondern auch sonstige mit der Wohnungsveränderung verbundene Kosten und der Schätzungswerth anderer Unbequemlichkeiten. Entsch. G.-Z. 1857 Nr. 119 [= Sammlung I. Nr. 384]. — Diese Verpflichtung zur vollkommenen Genugthuung wollen Lemayer G.-Z. 1869 Nr. 82 und Randa G.-Z. 1870 Nr. 7 Note 8 dem Veräußerer auch dann auflegen, wenn er mit dem neuen Eigenthümer vereinbart

in der Thatsache des Unterbleibens der Intabulation ein diesen Anspruch auch nur theilweise (nach §. 1304) aufhebendes Verschulden des Bestandnehmers erblickt werden dürfte.[32])

Gleichwohl wirkt die Veräußerung der Bestandsache keineswegs die Erlöschung des nicht intabulirten Bestandvertrages[33]); denn der Bestandgeber sowohl, als auch — wenn er sich nämlich die Rechte des Bestandgebers cediren ließ[34]) — der neue Eigenthümer können den sich der Fortsetzung des Vertrages weigernden Bestandnehmer auf Fortsetzung der Miethe klagen[35]); und wenn umgekehrt der neue Eigenthümer das Bestandverhältniß nicht fortsetzen will, — wozu er, da er nicht Mitcontrahent des Bestandnehmers ist, allerdings nicht verpflichtet ist — so äußert sich die Rechtswirkung des Bestandvertrages nun in dem dem Bestandnehmer gegen den Bestandgeber erwachsenen Ersatzanspruch, welcher sich somit als eine — von der Erlöschung wesentlich verschiedene — bloße Modification seiner Rechte aus dem Bestandvertrage charakterisirt.[36])

Die Regel, daß die Intabulation des Bestandrechtes jeden Besitzer der Bestandsache zum Vertragsschuldner macht, erleidet insofern im Falle der nothwendigen gerichtlichen (executiven) Veräußerung eine Ausnahme, als der neue Eigenthümer (der executive Ersteher) dem Bestandnehmer kündigen[37]) kann.[38]) Leidet dieser dadurch Schaden, so hat er Anspruch auf Entschädigung aus der erzielten Kaufsumme, und genießt zur Deckung

---

hatte, daß dieser den Vertrag fortsetze, derselbe aber dennoch kündigt; wohl mit Unrecht; denn einerseits kann hier von einem Verschulden des Veräußerers keine Rede sein, andererseits vgl. Note 29.

32) Entsch. G.-Z. 1873 Nr. 63 [= Sammlung XI. Nr. 4998]. Wohl aber liegt ein stillschweigender Verzicht auf die Schadloshaltung darin, daß der Miether in die vom Bestandgeber beabsichtigte Veräußerung einwilligt. Entsch. G.-Z. 1858 Nr. 12 [= Sammlung I. Nr. 458].

33) Windscheid §. 400 Note 7 lit. b, Entsch. in Haimerl's Mag. XV. S. 408 fg.

34) In diesem Falle steht der neue Eigenthümer an Stelle des Bestandgebers, mit den Rechten desselben als Gegencontrahent.

35) Vangerow III. §. 643, Windscheid a. a. O.; mit Unrecht behauptet Ellinger ad §. 1095 unter Berufung auf §. 1120 das Gegentheil.

36) Vgl. Windscheid a. a. O.

37) Allerdings wurde in der Praxis auch die Meinung vertreten, es könne der Ersteher den Bestandnehmer sofort (ohne Kündigung) vertreiben; so Entsch. G.-H. 1868 Nr. 105 [fehlt in den Sammlungen]. Ueberwiegend ist aber doch die Auffassung, es müsse der Bestandnehmer auch hier erst nach vorläufiger „gehöriger" d. i. nach §. 1116 vorgenommener Kündigung weichen. So Entsch. G.-Z. 1853 Nr. 72, 1856 Nr. 125, G.-H. 1871 Nr. 28 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 946, 947, Sammlung IX. Nr. 4038]. Dies ist auch das Richtige. Der §. 1121 stellt sich nämlich als Fortsetzung des §. 1120 dar, in welchen die Aufkündigungsfrist ausdrücklich aufgenommen ist. Wird freilich der Ersteher, ohne daß der Bestandnehmer dagegen eine Einwendung erhebt, gerichtlich in den Besitz eingeführt, so bedarf es der Aufkündigung nicht. Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 37 [= Sammlung VII. Nr. 3328]. Und allerdings kann der executive Ersteher noch vor seiner grundbücherlichen Umschreibung aufkündigen, da er sein diesfälliges Recht unmittelbar aus dem Gesetze herleitet.

38) Kann, nicht aber muß. Es ist also auch dies kein Fall der Erlöschung des Bestandverhältnisses.

dieses Anspruchs ein Pfandrecht an dem veräußerten Bestandgute[39]) in jener Rangordnung, in welcher sein Bestandrecht intabulirt ist (§. 1121)[40]); eines Verschuldens von Seiten des Bestandgebers bedarf es in diesem Falle nicht[41]), wie denn ein solches in der Regel auch gar nicht vorhanden sein wird.

Das b. G.-B. §. 1120 spricht nur von einer nothwendigen, gerichtlichen Veräußerung; die C.-O. §. 23 stellt nunmehr in der hier fraglichen Beziehung auch die freiwillige Veräußerung des Bestandobjectes im Concurse gleich[42]); für diese Erweiterung sprach schon ein Satz des älteren Rechtes: es tritt nämlich schon nach den Vorschriften älterer Proceßgesetze im Falle der executiven (sequestratorischen) Verpachtung oder Sequestration eines bereits verpachteten oder vermietheten[43]) Gutes die gleiche Wirkung ein, jedoch allerdings nur dann, wenn sie von einem dem intabulirten Pachter oder Miether vorausgehenden[44]) Gläubiger veranlaßt wird; der executive Pachter ist aber auch seinerseits wieder der Beschränkung des §. 1121 unterworfen.

Die angeführten Rechte macht der Bestandnehmer gegen den Bestandgeber und bezw. dessen Singularsuccessor (§. 1095), soweit sie nicht (wie jene des §. 1097) auf einem besonderen Rechtstitel beruhen, mit bloßer Berufung auf den Bestandvertrag geltend (actio conducti).[45])

§. 371. Verbindlichkeiten des Bestandnehmers.

Die Hauptverbindlichkeit des Bestandnehmers besteht in der Bezahlung des Bestandzinses. Er ist in der verabredeten Zeit, und in Er-

---

39) Vgl. ung. Grundb.-O. §. 66.

40) Die Bestandforderung verwandelt sich also in einen Ersatzanspruch, der die Rangordnung der Intabulation hat.

41) Der Fall hat Aehnlichkeit mit der Expropriation. Der Bestandnehmer muß aus Rücksichten des Hypothekarcredits weichen. So haftet denn auch seine Forderung nur an der Kaufsumme; reicht diese nicht aus, so kann er den Rest aus dem sonstigen Vermögen des Executen erholen. Gegen diesen kann aber nicht die Genugthuung nach §. 1120, sondern bei vorhandener Culpa nur die Schadloshaltung eingeklagt werden. Entsch. G.-Z. 1871 Nr. 92 [= Schimkowsky III. Nr. 100].

42) Vgl. schon Arndts G.-Z. 1858 Nr. 28, 29, aber dagegen z. B. Entsch. G.-Z. 1858 Nr. 16 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 928] mit den daran geknüpften Bemerkungen von Ungermann [gleichfalls — und ebenso die von Arndts — im Wesentlichen mitgetheilt bei Peitler a. a. O.] — Es läßt sich dies auch aus dem Gesichtspunkt motiviren, daß dem Pfandgläubiger nach §. 457 auch die Früchte haften, zu denen auch der Gebrauch zu rechnen ist; die Concursmasse ist nun aber gewiß berechtigt, sich die bestmögliche Verwerthung des Gebrauchs zu Nutze zu machen.

43) Auch eines Wohngebäudes also; es steht mit anderen Worten den Gläubigern des Vermiethers frei, ohne Rücksicht auf die bestehende Miethe die executive Sequestration des Gebäudes zu verlangen; bei Familienfideicommiß- und geistlichen Gütern ist diese Execution die einzig zulässig, und sie könnte leicht ganz eludirt werden, wenn die Sequestration nicht die Wirkung hätte, den Miether zum Weichen zu nöthigen. Ist sein Vertrag intabulirt, so bleibt ihm allerdings sein Entschädigungsrecht aus dem Gute auch hier vorbehalten. Arndts a. a. O.

44) Den nachfolgenden ginge er mit seinem Pfandrecht aus §. 1121 selbst vor.

45) Das röm. R. gewährt ihm zum

mangelung einer besonderen Verabredung bei Bestandnahmen, deren vertragsmäßige Dauer ein Jahr nicht erreicht, nach Ablauf ihrer Dauer, sonst aber halbjährig zu entrichten (§. 1100). Ein besonderer Fall stillschweigend festgesetzter Zahlungszeit ist der, wenn der Bestandzins nach gewissen Zeitabschnitten festgesetzt wird; hier ist der Ablauf des bestimmten Zeitabschnittes zugleich Zahlungstermin.[1]) Nach den für zweiseitig verbindliche Verträge überhaupt geltenden Regeln ist aber der Bestandnehmer zur pünktlichen Abführung des Zinses nur gegen dem verpflichtet, daß auch der Bestandgeber seiner Vertragspflicht nachkommt (§§. 1092, 1094, 1062).[2]) Im Zweifel gebührt die Zahlung nachhinein (§. 1100)[3]), daher denn auch der Bestandgeber, da regelmäßig er mit der Erfüllung den Anfang machen muß, bei unbeweglichen Bestandobjecten durch ein gesetzliches Pfandrecht geschützt ist (§. 1101). Es kann aber auch Vorauszahlung bedungen werden (§. 1102), in welchem Falle, wofern sie nicht geleistet wird, auch der Bestandgeber dem die Uebernahme fordernden Bestandnehmer die exceptio non adimpleti contractus entgegensetzen, und, wenn die Uebergabe schon erfolgt wäre, nach Umständen die Auflösung des Vertrages verlangen kann (§. 1118).[4]) Die Vorauszahlung ist darum für den Bestandnehmer nicht unbedenklich, weil er im Falle einer nothwendigen gerichtlichen Veräußerung ohne Rücksicht auf dieselbe dem neuen Käufer weichen muß, und seinen Schadenersatzanspruch, selbst wenn der Bestandvertrag intabulirt ist, nur den späteren Gläubigern, bei mangelnder Intabulation aber nicht einmal diesen entgegensetzen kann (§. 1121). Umgekehrt wäre auch die unbeschränkte Berechtigung, den später intabulirten Gläubigern Anticipativzahlungen als Schadenersatzanspruch entgegenzusetzen, für den Realcredit gefährlich, da ja solche Zahlungen aus den öffentlichen Büchern nicht ersehen werden können.[5]) Darum verfügt §. 1102 b. G.-B., daß der mehr als Eine Fristzahlung vorausleistende Bestandnehmer seine Vorauszahlungen nur, wenn er sie besonders hat intabuliren lassen, und zwar nach den über die Priorität intabulirter Pfandrechte geltenden Grundsätzen[6]), also nur den jüngeren Gläubigern

---

Zwecke des ungestörten Wegbringens seiner Illaten nach geendigtem Miethvertrag noch ein besonderes interd. de migrando.

1) Windscheid §. 400 Note 12, Keller §. 337.

2) Daher wurde in dem Rechtsfall in G.-Z. 1860 Nr. 125 [= Sammlung II. Nr. 1036] entschieden, daß dem der Aftervermiethung sich widersetzenden Vermiether, da in Folge dessen die dem Miether entbehrliche Wohnung leer stand, kein Miethzins gebühre.

3) Auch nach röm. R. gilt die Regel, daß der Locator vor dem Conductor leisten muß (L. 24 §. 2 D. loc. 19. 2. Windscheid §. 400, Arndts §. 312), während beim Kauf und Tausch Zug um Zug geleistet werden muß. Vangerow III. S. 303, §. 607.

4) So auch Entsch. in Tausch Rechtsf. S. 1 und Entsch. G.-H. 1864 Nr. 91 [= Sammlung IV. Nr. 1902], welch' letztere hervorhebt, daß der Miether, wenn er sich in solchem Falle ohne Vorausbezahlung in den Besitz der Wohnung gesetzt hat, auf Delogirung geklagt werden kann.

5) Vgl. Arndts G.-Z. 1858 Nr. 28. 29.

6) Es ist unrichtig, wenn Winiwarter IV. S. 313 und Stubenrauch III. S. 295 lehren, daß zu diesem Zwecke schon eine Anmerkung der Voraus-

gegenüber, geltend machen kann[7]), während Eine Anticipativrate auch ohne diese Vorsicht entgegengesetzt werden kann, freilich aber auch nur den später eingetragenen, nicht auch den älteren Pfandgläubigern[8]); den letzteren gegenüber kann sie nur im Wege der dem Bestandnehmer noch zu statten kommenden Aufkündigungsfrist ausgenutzt werden. Unter der „Fristzahlung" des §. 1102 ist übrigens nicht die vertragsmäßige (ausgenommen der Vertrag wäre intabulirt[9]), sondern die durch besondere Bestimmungen anerkannte ortsübliche, und in deren Ermangelung die halbjährige des §. 1100[10]) zu verstehen.[11])

Die Zweiseitigkeit der Sachenmiethe bringt auch eine gewisse Abhängigkeit der Zinszahlungspflicht von dem vertragsmäßigen Vollgenuß des Bestandobjectes mit sich. Wird nämlich durch außerordentliche, nicht vorauszusehende Ereignisse (wie: Ueberschwemmungen, Hagelschlag, gänzlichen Mißwachs, Krieg oder Seuche)[12]) dem Bestandnehmer der Genuß des Bestandobjectes ganz entzogen, so ist auch kein Bestandzins zu entrichten (§. 1104). Wird durch derlei Ereignisse der Genuß nur theilweise entzogen, so gelten verschiedene Grundsätze bei Miethen und bei Pachtungen. Bei den ersteren tritt ein verhältnißmäßiger Nachlaß am Miethzinse ein[13]); bei den letzteren ist aber maßgebend die Erwägung, daß die Unergiebigkeit des einen Fruchtjahres durch besondere Fruchtbarkeit eines anderen ausgeglichen zu werden pflegt; darum kann von einem Nachlaß am Pachtzinse regelmäßig nur bei Pachtungen die Rede sein,

---

zahlung im öffentlichen Buche genügend sei; die Eintragung muß vielmehr förmlich zur Erwirkung des Pfandrechts für den allfälligen Rückersatzanspruch effectuirt werden. Daraus folgt, daß wenn der Bestandvertrag und die Anticipativzahlung intabulirt sind, nur die dieser zweiten Eintragung nachstehenden Gläubiger hier in Betracht kommen.

7) §. 1102 gesteht aber keineswegs der Concursmasse das Recht zu, den vorausbezahlten Zins nochmals zu fordern. Entsch. G.-H. 1868 Nr. 20 [= Riehl III. S. 1310].

8) Dagegen Stubenrauch u. Arndts a. a. O., welche Eine Anticipativrate auch den älteren Gläubigern gegenüber zur Geltung kommen lassen wollen.

9) Ist der Bestandvertrag intabulirt und darin Vorauszahlung bedungen, dann kann wohl diese vertragsmäßige Vorauszahlung als diejenige angesehen werden, welche der §. 1102 im Auge hat, da sie den späteren Pfandgläubigern nicht unbekannt sein kann.

10) Denn die anderen im §. 1100 vorgesehenen Zahlungen sind keine Fristzahlungen.

11) Zeiller §. 1102 Nr. 2 versteht unter diesen Fristen die üblichen, und macht bei §. 1100 darauf aufmerksam, daß das Gesetz im §. 1100 die bisherige Gewohnheit berücksichtigt habe; Stubenrauch III. S. 295 versteht unter diesen Fristen die gesetzlichen oder herkömmlichen, Winiwarter und Ellinger die gesetzlichen.

12) Auch nach röm. R. geben nur außerordentliche Unglücksfälle, die der Pachter abzuwenden außer Stande ist, Anspruch auf eine remissio mercedis. Man zählt dahin außer den außergewöhnlichen Naturereignissen (Ueberschwemmung, Hagelschlag, Sonnenbrand u. dgl.) auch Beschädigungen im Kriege und bei räuberischen Ueberfällen. Geht die Unergiebigkeit des Grundstückes aus seiner schlechten Lage oder sonstigen schlechten Beschaffenheit hervor (z. B. es ist ein Ufergrundstück, das regelmäßig unter Wasser gesetzt wird), so kann von einem Zinsnachlaß nicht die Rede sein. Vangerow III. S. 460 §. 641, Rechtslex. VII. S. 777, Windscheid §. 400 Note 17.

13) Ebenso nach L. 15 §. 1. 7. D. loc. 19. 2.

die auf ein Jahr oder noch kürzere Dauer beschränkt sind.[14]) Selbst in diesem Falle aber gewährt das Gesetz nicht ohne weiteres einen Anspruch auf Nachlaß, sondern — weil der Ertrag überhaupt ein schwankender zu sein pflegt — nur dann, wenn durch außerordentliche Unfälle die Nutzungen hinter dem sonst durchschnittlichen Ertrage um mehr als die Hälfte zurückgeblieben sind[15]); in solchem Falle ist soviel nachzulassen, daß sich der Verpächter nicht mit dem Schaden des Pachters bereichert[16]) (§. 1105). Bei länger als ein Jahr dauernden Pachtungen kann höchstens für jene Jahre, in denen jede Benutzung vollständig vereitelt wurde, auf Grund des §. 1104 ein Nachlaß angesprochen werden.[17])

Der Bestandnehmer kann aber auch vertragsmäßig alle Gefahren auf sich nehmen; unter diesem Beding sind aber im Zweifel doch nur die gewöhnlichen Elementarschäden (als: Feuer- und Wasserschäden und Hagelschlag) begriffen; alle anderen außerordentlichen Unfälle (die sog. casus insolitissimi) treffen ihn nur, wenn er sie ausdrücklich übernommen hat; selbst in diesem Falle wird aber im Zweifel nicht angenommen, daß er auch für die Eventualität des zufälligen Unterganges des Bestandobjectes[18]) auf die Nachsicht des Bestandzinses verzichtet habe (§. 1106).[19])

Die Ereignisse, welche den Anspruch auf Nachlaß am Bestandzins begründen, sind nur jene, welche das Bestandobject, nicht auch jene, welche

14) Nicht ebenso nach röm. R. Dieses unterscheidet vielmehr dahin, daß es bei einjährigen Pachtungen die Remission sofort eintreten läßt, während sie bei einer mehrjährigen vorläufig in suspenso bleibt, und erst nach Ablauf der ganzen Pachtzeit definitiv berechnet wird, wo dann „die sterilitas des einen Jahres mit der ubertas des anderen compensirt“ werden muß. Vangerow a. a. O. S. 461, Rechtslex. VII. S. 776 fg.

15) Nach röm. R. wird gefordert ein „damnum plus quam tolerabile“ im Gegensatz zum „damnum modicum“ (L. 25 §. 6 D. h. t.); ob der Schaden in die erstere Kategorie falle, ist nach freiem richterlichen Ermessen zu entscheiden. Die Anwendung der Grundsätze über laesio enormis auf diesen Fall wird von den Romanisten bestritten. (Vangerow a. a. O.). — Ueber den Zusammenhang unseres Rechtssatzes mit §. 1048 b. G.-B. vgl. Zeiller ad §. 1105 Nr. 7.

16) „Der Verpächter ist so viel zu erlassen schuldig, als durch diesen Abfall an dem Pachtzinse mangelt“ (§. 1105 a. E.), d. h. der zu bezahlende Pachtzins besteht in dem Reinertrage des Gutes, wenn dieser nicht etwa höher ist als der bedungene Pachtzins, — in der That ein gegen den Pachter unbilliger Rechtssatz (Stubenrauch III. S. 298), Winiwarter IV. S. 320, Borutzky, Versuch über den Nachlaß des Pachtzinses nach dem a. b. G.-B. Wien 1816). Uebereinstimmend auch das A. L.-R. I. 21. §. 480. Anders verstehen diese Stelle Scheidlein S. 94 und Nippel VII. S. 248.

17) Stubenrauch §. 1104 Nr. 4, Entsch. G.-Z. 1864 Nr. 42 [= Sammlung IV. Nr. 1843]. Zeiller versteht dagegen den §. 1104 nur von jenen Fällen, in welchen während der ganzen Bestandzeit jede Benutzung ausgeschlossen war; billig verwundert sich darüber Gönner (s. Zeiller ad §. 1107 Note 1). Vielmehr ist §. 1104 auch anzuwenden, wenn bei einer länger dauernden Pachtung nur ein Theil der Sache, z. B. das Gebäude durch Brand, ein Feld durch Erdbeben oder durch Eviction dem Gebrauche dauernd entzogen wurde. Vgl. Cod. civ. Art. 1769, 1770, A. L.-R. I. 21 §. 478 f.

18) Z. B. die verpachtete Area wurde durch Wassersgewalt ganz weggeschwemmt.

19) Ebenso interpretirten die älteren Romanisten die L. 8 C. 4, 65; die Neuern

die Person[20]) oder das Vermögen des Bestandnehmers treffen. Zu seinem Vermögen gehören auch die bereits abgesonderten Früchte des Bestandgutes; werden diese von einem Unglücksfall betroffen, so muß trotzdem der Bestandzins vollständig entrichtet werden (§. 1107).[21]) Bei Pachtungen ist der Anspruch auf Zinsnachlaß, mag er gesetzlich oder vertragsmäßig gebühren, außerdem noch an die Bedingung der unverweilten Anzeige des Unglücksfalles an den Verpachter, und, wo der Schade nicht bereits landkundig ist, der rechtzeitigen Erhebung desselben durch den Richter oder zwei sachkundige Männer[22]) gebunden (§. 1108).

Nach Erlöschung des Bestandverhältnisses hat der Bestandnehmer die Sache, wenn bei Eingehung des Vertrags ein Inventar errichtet worden war, in dem inventarmäßigen, sonst in jenem Zustand zurückzustellen, in welchem sie übernommen wurde (§. 1109); in dem letzteren Falle greift, wie bei der Fruchtnießung, die Vermuthung Platz, daß er die Sache sammt dem erforderlichen Zugehör in brauchbarem Zustand von mittlerer Beschaffenheit erhalten habe (§. 1110)[23]), und in diesem Zustand muß sie daher auch, wenn nicht das Gegentheil bewiesen wird, zurückgestellt werden.[24]) Bei landwirthschaftlichen Grundstücken besteht noch die besondere Verbindlichkeit zur Rückstellung in der der Jahreszeit entsprechenden gewöhnlichen landwirthschaftlichen Cultur (§. 1109)[25]), damit nicht eine Unterbrechung in der Benutzung eintrete; diese Verpflichtung obliegt, wofern nicht das Gegentheil verabredet wurde, selbst dann dem Bestandnehmer, wenn ihm das Object uncultivirt übergeben wurde, wofür ihm aber auch der Rückersatz der Culturkosten gebührt; will er dies vermeiden, so kann er es dem Nachfolger in der Benutzung anheimstellen, die Versetzung in ordentliche Cultur selbst zu besorgen.[26]) — Vor der Rückstellung schützt den Bestandnehmer weder der Beweis eigenen Eigenthums an der Bestandsache[27]), noch eine sonstige Gegenforderung,

---

hingegen (Vangerow III. S. 462 §. 641, Rechtslex. VII. S. 778) beziehen eine solche Verzichtleistung auf die casus insolitissimi, jedoch nicht auf Unglücksfälle, welche die verpachtete Sache selbst treffen, z. B. Vernichtung des Ackers durch Erdbeben. Vgl. Cod. civ. Art. 1772, 1773.

20) Windscheid §. 400.

21) Ebenso, wenn auch nicht unbestritten, nach röm. R. Vgl. Vangerow III. S. 460 §. 641, Windscheid §. 400 Note 17, Rechtslex. VII. S. 777; auch Cod. civ. Art. 1771.

22) Sie brauchen nicht beeidet zu sein, und können ohne Beisein des Richters beaugenscheinigen; vgl. §. 926.

23) Vgl. Cod. civ. Art. 1730—32.

24) Diese Vermuthung kann sowohl vom Bestandgeber, als vom Bestandnehmer angerufen werden.

25) Ebenso L. 25 §. 3 D. loc. 19. 2; vgl. auch Cod. civ. Art. 1778. Endigt die Pachtung zu einer Zeit, wo gewisse Naturalfrüchte noch nicht zur Reife gediehen sind, oder unterließ es der Pachter, sie noch in seiner Pachtperiode abzusondern, so kann er es nach Ablauf derselben nicht mehr thun: Entsch. G.-Z. 1861 Nr. 6 [Sammlung III. Nr. 1201]. — Aus dieser Bestimmung folgt auch, daß der Bestandnehmer ungeachtet der allgemeinen Erhaltungspflicht des Bestandgebers (§. 1096) die in das Gebiet der ordentlichen Bewirthschaftung fallenden Nachbesserungen, z. B. die Nachpflanzung abgestorbener Bäume oder Reben zu tragen hat.

26) Insbesondere, wenn es sich um die Ansaat handelt, von welcher er nicht wissen kann, ob sie den Wünschen und Bedürfnissen des Eigenthümers oder nächsten Pachters entspricht.

27) L. 25 C. 4. 65: Si quis con-

namentlich auch nicht die Einwendung der Compensation[28]), weil dies zu Chicanen führen könnte (§. 1109).

Aus der Verbindlichkeit der Rückstellung der Sache in dem Zustande, in welchem sie übernommen wurde, ergibt sich von selbst auch die Pflicht zu sorgsamer Beaufsichtigung und schonender Benutzung der Bestandsache[29]); der Bestandnehmer ist für einen verschlimmerten Zustand der Bestandsache verantwortlich, wenn ihm oder dem Afterbestandnehmer, für welchen er hier haftet[30]), eine Vernachlässigung dieser Verbindlichkeit zur Last fällt; dagegen hat er nicht einzustehen für rein zufällige Verschlimmerungen[31]) oder für solche, die durch den ordentlichen Gebrauch hervorgerufen werden. Ersatzansprüche wegen Beschädigung oder mißbräuchlicher Abnutzung des Bestandstückes muß aber der Bestandgeber innerhalb Eines Jahres nach der Rückstellung des Bestandstückes geltend machen; nach Ablauf dieser Zeit sind sie, weil Verzicht angenommen wird, verjährt[32]); vor der Rückstellung[33]) läuft die Verjährung nicht, weil mit Grund angenommen werden kann, der Bestandnehmer werde den Schaden bis dahin ausbessern (§. 1111).[34])

---

ductionis titulo agrum vel aliam quamcunque rem accepit, possessionem prius restituere debet, et tunc de proprietate litigare. Die Ratio dieses Rechtssatzes ist die, daß im Eigenthumsstreite dem Besitzer die Stellung des Beklagten gebührt, und die Sachenmiethe sonst sehr leicht dazu mißbraucht werden könnte, sich diese vortheilhaftere Stellung zu verschaffen. Der Bestandnehmer bleibt bloßer Inhaber, weil Niemand den Grund seiner Gewahrsame eigenmächtig verwechseln kann. Rechtslex. VII. S. 785. (Anders begründet unsern Rechtssatz Unger II. S. 63 Note 21: der Grund soll darin liegen, daß die bona fides fordert, daß Verträge erfüllt werden.) — §. 1109 sagt übrigens: „des früheren Eigenthumsrechtes" d. h. des schon vor der Vermiethung bei dem Bestandnehmer dagewesenen Eigenthums; doch kommt es auf diesen Umstand in der That gar nicht an; ja Thon und Sintenis wollen die Unzulässigkeit der Exception umgekehrt nur von dem später erworbenen Eigenthum verstanden wissen. Windscheid §. 400, Note 18.

28) Vielleicht richtiger: Retention, welche von der älteren Theorie zur Compensation gerechnet wurde (Heimbach Rechtslex. II. S. 729). Doch könnte Compensation in Frage kommen, wenn sich die Schuld des Bestandnehmers zur Ersatzschuld modificirt hat und bei einer generischen Gegenforderung desselben.

29) Keller §. 337, Cod. civ. Art. 1728, 1768.

30) Nach röm. R. haftet er nur für die eigene Culpa. Arndts §. 312 a. E. — Für das Verschulden seiner Angehörigen haftet der Miether nicht, wenn ihm nicht eine Vernachlässigung seiner Aufsichtspflicht zur Last fällt (§. 1313); gewiß wäre es auch unbillig, den Dienstgeber zum Ersatze zu verhalten, wenn der Dienstbote das gemiethete Haus in Brand steckt. Anders entscheidet Cod. civ. Art. 1735, und es ist nicht unwahrscheinlich, daß die strengere Entscheidung dieses Artikels, der im Uebrigen dem §. 1111 vermuthlich zum Muster diente, im b.G.-B. geflissentlich weggelassen worden ist.

31) Selbst dann nicht, wenn sie eine Folge der Afterbestandgabe war. Dagegen Winiwarter IV. S. 328, arg. §. 460.

32) Entscheid. G.-Z. 1856 Nr. 137 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 936]: diese Verjährung wird nur durch die Klage, nicht schon durch das Gesuch um gerichtliche Augenscheinsvornahme unterbrochen.

33) Die Rückstellung, nicht die Beendigung der Miethe ist hier maßgebend; dies wird wichtig, wenn ein Miethverhältniß durch tacita relocatio erneuert wird.

34) Hätte der Vermiether den Schaden, alsbald nachdem er geschehen, erfahren, und würde das Miethverhältniß erst nach vielen Jahren ablaufen und

Einen Fall, in welchem der Bestandnehmer auch den Zufall übernimmt, bildet die Pachtung eines Gutes mit geschätztem Gutsinventar, insbesondere mit geschätztem Viehstande, wenn dabei die Verbindlichkeit zur seinerzeitigen Rückstellung eines an Zahl und Werth gleichen Inventars übernommen wird (Eisernviehvertrag, contractus socidae). [5]) Auch hier bleibt der Verpachter Eigenthümer des Inventars; allein der Pachter trägt die Gefahr, und muß daher (außerordentliche Unglücksfälle ausgenommen)[36]) bei der Zurückstellung ebensoviel Vieh von gleicher Güte als er übernommen hat, zurücklassen. Würde zugleich das Eigenthum des Gutsinventars an den Pachter gegen die Verbindlichkeit der Rückstellung in gleichem Quantum und Quale übertragen, so wäre das eine sog. irreguläre Sachenmiethe.[37])

§. 374. Wirkung der Dienstmiethe.

1) Der Bestellte hat die Arbeit auf die im Vertrage festgesetzte Art, zu rechter Zeit und am gehörigen Orte zu leisten; ist die geleistete Arbeit der ausdrücklichen Verabredung entgegen, oder das gelieferte Werk zum Gebrauche untauglich, so steht es dem Besteller — abweichend von der Regel des §. 919 b. G.-B. — frei, vom Vertrage ganz abzugehen, oder die Verbesserung und Schadloshaltung zu fordern, und zu diesem Ende einen angemessenen Theil des Lohnes zurückzuhalten; bei mindern Mängeln hat er nur die zweite Alternative (§. 1153).[1]) Leistet der Bestellte die Arbeit nicht zur rechten Zeit, so treffen ihn nach den Regeln von der Mora die Folgen seiner Zögerung[2]); wurde die Einhaltung der Zeit zur Bedingung des Gebundenseins des Bestellers gemacht, so ist dieser das zu spät gelieferte Werk anzunehmen nicht mehr verpflichtet, und kann bei vorhandenem Verschulden des Bestellten von diesem vollen Ersatz des dadurch erlittenen Schadens fordern (§. 1154). Wird die Verrichtung der Arbeit durch einen Zufall vereitelt, so ist zwar der Bestellte dafür nicht verantwortlich (§. 1160), er erhält aber auch keinen Lohn (§§. 1447, 1052, 1062)[3]); handelt es sich jedoch um eine Werkverdingung, und geht der vom Besteller gelieferte Stoff oder das Werk

---

die Zurückstellung erfolgen, so könnte seiner Klage der §. 1489 nicht entgegengehalten werden.

35) Gerber §. 180, Arndts §. 312 Anm. 2, Windscheid §. 400 Note 22; vgl. Cod. civ. Art. 1821—30.

36) Z. B. wenn der ganze Viehstand durch eine Seuche zu Grunde geht. Es wäre dies ein casus insolitissimus, welcher bekanntlich nicht inbegriffen ist in einer unbestimmten Uebernahme der Gefahren (§. 1106); dagegen Walter §. 316.

37) Puchta Pand. §. 365 a. E., Haimberger §. 529, Rechtslex. VII. S. 828 fg.

1) Uebereinstimmend auch Keller §. 390, welcher richtig hervorhebt, daß das röm. Recht über die Dienstmiethe überhaupt sehr wenige Bestimmungen enthält, was sich aus dem zahlreichen Sklavenstande und aus der Ausschließung der operae liberales von den Gegenständen der Dienstmiethe sehr natürlich erklärt.

2) Er trägt daher auch den Zufall, der das fertige Werk nach eingetretener Zögerung Seitens des Bestellten getroffen hat, während ohne diese Zögerung der Besteller (nach §. 1157) den Zufall tragen müßte.

3) L. 15 §. 6 D. loc. 19. 2. Vangerow III. S. 240 § 591.

selbst ganz oder zum Theil durch Zufall zu Grunde[4]), so leidet den Schaden der Besteller als Eigenthümer, daher er auch dem Bestellten den im Verhältniß zur Arbeit stehenden Lohn bezahlen muß (§. 1157).[5]) Wenn freilich der vom Besteller gelieferte Stoff ein zu einem ordentlichen Werke offenbar untauglicher ist, so ist es Pflicht des Bestellten als eines Sachverständigen, den Besteller darauf aufmerksam zu machen (§. 1299); hat er dieses unterlassen, und fällt die Arbeit aus diesem Grunde mangelhaft aus, so ist er für allen dadurch entstandenen Schaden verantwortlich (§. 1157).[6])

Die Dienstmiethe ist im Allgemeinen ein den Bestellten zu persönlicher Arbeit verpflichtender Vertrag[7]); die Arbeit kann daher von dem Bestellten, woferne es ihm nach dem Sinne des Vertrages nicht erlaubt ist, sich eines Gehilfen oder Vertreters zu bedienen, an einen Andern nur in dringenden Fällen überlassen werden, und selbst dann haftet er für ein Verschulden in der Auswahl der Person (culpa in eligendo, §. 1161 b. G.-B.).[8]) Ein solches Verschulden wird aber nach östr. Recht erst dann angenommen, wenn man wissentlich eine gefährliche oder zum Geschäfte untüchtige Person bestellt hat (§. 1315).[9]) Dagegen haftet der Bestellte nicht für das Verschulden des gewählten Gehilfen oder Stellvertreters, wo ihm die Substituirung einer anderen Arbeitskraft gestattet

4) Vorausgesetzt, daß der Bestellte nicht bereits in Mora war.

5) Ebenso nach röm. R. (Windscheid §. 401, Keller §. 340, Puchta §. 367, Arndts §. 315). Eine Ausnahme macht die sog. loc. cond. irregularis, z. B. eine Transportverdingung, bei welcher nicht die Species, sondern nur das Genus abgeliefert werden soll, oder die Bestellung eines Werkes, zu welchem zwar der Besteller den Stoff liefert, jedoch zulassend, daß allenfalls auch ein anderer Stoff substituirt werde (Keller und Windscheid a. a. O., Puchta §. 365, Arndts §. 315 Anm. 3).

6) Vgl. Keller §. 340.

7) [Dieser Satz ist dem Prager Collegienheft entnommen.]

8) Ebenso Windscheid §. 401.

9) Dies folgt nicht nur aus der Stylisirung des §. 1315, in welchem das Wort „wissentlich" auch auf die „untüchtigen Personen" zu beziehen ist (da man sonst gegen §. 1010, 1161 Haftung ohne alles eigene Verschulden annehmen müßte), sondern insbesondere aus §. 264 b. G.-B. — Der §. 1315 ist dem A. L.-R. I. 6 §. 64 nachgebildet, wo gleichfalls von „wissentlicher Bestellung untüchtigen Gesindes" die Rede ist. Uebereinstimmend Winiwarter IV. S. 575, Stubenrauch III. S. 537. Besonders zu beachten ist, daß die wissentliche Bestellung untüchtiger Arbeiter regelmäßig eine culpa, nicht dolus enthält. Nach röm. R. wird aber unzweifelhaft culpa in eligendo nicht nur dann angenommen, wenn der Wählende die Untauglichkeit des Angestellten kannte, sondern auch schon dann, wenn er sie nur kennen mußte (Windscheid §. 410; vgl. auch L. 25 §. 7 D. h. t.), und diese Ansicht wird auch von der östr. Praxis vertheidigt (s. Entsch. G.-H. 1857 Nr. 28, G.-Z. 1869 Nr. 34 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 1064, Sammlung VII. Nr. 3292], während Randa G.-Z. 1869 Nr. 49 sogar kein Bedenken trägt, im zweiten Falle des §. 1315 eine Haftung ohne jedes eigene Verschulden des Bestellenden anzunehmen. Es ist aber kein Grund ersichtlich, der dafür ausschlaggebend wäre, daß nur im ersten Falle das Moment des Wissentlichen wesentlich sei. — Uebrigens gilt die Bestimmung des §. 1315 auch für das Mandat (Winiwarter und Stubenrauch a. a. O.), die negotiorum gestio (L. 21 §. 3 D. de neg. gest. 3. 5), für die Aufbewahrung fremder Sachen (Windscheid §. 401 Note 5) und für die schuldige Aufsicht über Kinder und Thiere (§. 1309, 1320, Windscheid §. 455 Note 12.) — Fraglich bleibt, ob dem Beschädigten der Beweis

ist (§. 1313)[10]). So die Regel des Gesetzes. Kaum aber dürfte sie ganz so zur Anwendung zu kommen haben auf den Fall, da eine Arbeit einem Gewerbetreibenden übertragen wird, der die übernommenen Arbeiten regelmäßig durch seine Gehilfen (Gesellen) ausführen läßt. Zwar ist auch diesfalls oft und noch neuestens[11]) gelehrt worden, auch ein solcher Gewerbetreibender dürfe die Arbeit nur „in dringenden Umständen" (§. 1161) seinen Gehilfen übertragen. Allein diese Auffassung führt zu dem Ergebniß, daß der Gewerbetreibende dann auch nur für culpa in eligendo, nicht aber für das Verschulden der Gehilfen hafte. Da aber in der That jeder Contrahent wissen muß, daß der Gewerbetreibende die übernommenen Arbeiten durch seine Gehilfen ausführen zu lassen pflegt, so darf man annehmen, daß er auch rücksichtlich der von ihm bestellten Arbeit mit dem gleichen Vorgang stillschweigend einverstanden sei, umgekehrt aber auch der Werkmeister die Haftung für das Verschulden seiner Gehilfen geradeso zu tragen habe, wie die für sein eigenes. Das scheint auch die Absicht des §. 1161 zu sein; sein Wortlaut läßt sich unter Zuhilfenahme des §. 1311 ganz wohl in diesem Sinne verstehen.[12]) Unzweifelhaft aber haften Schiffer und Fuhrleute für die von ihnen gewählten Dienstpersonen, durch welche sie die Frachtversendung ausführen lassen (§. 1316[13]), Art. 400, 401 H.-G.-B.) und eine ähnliche Haftung besteht bei dem Eisenbahntransporte und für die Postanstalt (§. 1317 b. G.-B. und vgl. oben §. 359).

2) Die Hauptverbindlichkeit des Bestellers besteht in der Bezahlung des Lohnes. Dieser gebührt in der Regel erst nach vollbrachter Arbeit[14]); bei Arbeiten jedoch, die nach gewissen Zeit- oder Werkabtheilungen verrichtet werden (wie die der Tagelöhner, Maurer, Straßenarbeiter)[15]), oder mit denen bedeutende Vorauslagen verbunden sind, deren vorschußweise Bestreitung dem Bestellten füglich nicht zugemuthet werden kann, ist derselbe berechtigt, vor gänzlich vollendeter Arbeit im ersten Falle den entsprechenden Theil des Lohnes, im zweiten Falle den Ersatz der gemachten Auslagen zu verlangen (§. 1156). Säumt der Besteller mit

---

des wissentlichen Handelns, oder dem Besteller der Beweis des Gegentheils obliegt.

10) Uebereinstimmend Windscheid §. 401, 455 Note 27, der auch zustimmende und dissentirende Schriftsteller (einerseits Hasse und Goldschmidt, andererseits Puchta, Ubbelohde und Burchardi, zu denen noch Keller §. 340 zu zählen ist) anführt. Die Letzgenannten nehmen an, der Bestellte trage immer die Gefahr des Verschuldens der von ihm gebrauchten Gehilfen. So allerdings der Cod. civ. Art. 1384.

11) Von Randa G.-Z. 1869 Nr. 53.

12) Auch nach öſtr. Recht dürfte richtig sein, was L. 40 D. h. t. sagt: Qui mercedem accipit pro custodia alicujus rei, is hujus periculum custodiae praestat, wobei freilich nicht übersehen werden darf, daß es in L. 5 pr. D. nautae 4. 9 heißt: Fullo et sarcinator non pro custodia sed pro arte mercedem accipiunt. Aber vgl. Baron im Civ.-Arch. N. F. II. Nr. 2.

13) Allerdings haftet nach diesem Paragraph der Frachtführer nur für die von seinen Leuten „an der Befrachtung" zugefügten Schäden, nicht auch für ein sonstiges Verschulden in der Ausführung des Transportes, z. B. nicht für das verspätete Eintreffen. Allein das H.-G.B. geht weiter.

14) Ebenso nach röm. R. Arndts §. 315.

15) Auch z. B. bei Näherinnen, wenn sie nach der Stückzahl entlohnt werden.

der Bezahlung des bereits verfallenen Lohnes, so haftet er dem Bestellten für allen hieraus erwachsenen Schaden (§. 1154)[16]); die Verzugszinsen muß er ihm vergüten, auch wenn letzterer keinen besonderen Schaden nachweist (§. 1333), darüber hinausgehenden Schaden dagegen nur dann, wenn er nachgewiesen wird. Dem Bestellten gebührt auch dann, wenn er an der Verrichtung der bedungenen Arbeit lediglich durch Annahmeverweigerung des Bestellers oder durch einen in der Person der Letzteren eingetretenen Zufall verhindert wurde, der Lohn insoweit, als er nicht durch eine anderweitige Zeitverwendung entschädiget worden ist (§. 1155).[17])

Mit der Dienstmiethe können mannigfaltige Nebenberedungen verbunden sein, z. B. die einer vorläufigen Probezeit, eines Angeldes u. dgl.; dann kommen auch die für solche geltenden Bestimmungen zur Anwendung (§. 1159). Ebenso sind, auch wenn Hauptverträge damit in Verbindung stehen[18]), auf diese die dafür geltenden Grundsätze unbeschadet der aus der Dienstmiethe hervorgehenden Rechte anzuwenden.[19])

§. 379. Rechtsverhältniß der Erwerbsgesellschaft nach Außen.[1])

Im Verhältniß zu Dritten, d. i. zu Nichtmitgliedern kommt bei den nach dem b. G.-B. zu beurtheilenden[2]) Gesellschaften das Gesellschaftsverhältniß in der Regel gar nicht in Betracht. Spricht man dennoch[3]) von Rechten und Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegen Dritte, so ist dies nur ein abgekürzter Ausdruck für die Gesammtheit der Mitglieder[4]); diese, als Mitberechtigte und Mitverpflichtete, nicht aber etwa die Gesellschaft als eine von ihnen verschiedene ideelle Person, sind die wahren Subjecte der „gesellschaftlichen" Rechte und Verbindlichkeiten[5]), und das sog. Gesellschaftsvermögen ist nicht ein Vermögen im technischen Sinne als Inbegriff der einer bestimmten Person[6]) zukommenden Rechte und Verbindlichkeiten, sondern dieser Ausdruck bezeichnet nur das den Gesellschaftern als solchen gemeinschaftlich gehörige Vermögen (das sog. Stammgut). Soll also die Gesellschaft Dritten gegenüber rechtlich verpflichtet werden, so ist dies, insofern es sich um vertragsmäßige Verbindlichkeiten

---

16) Uebereinstimmend Keller §. 340 a. E.

17) Uebereinstimmend L. 19 §. 9, 10 D. h. t. Vgl. Vangerow III. §. 591 S. 240, Windscheid §. 401, Keller §. 840, Arndts §. 314. Es macht also einen Unterschied, ob z. B. bei einem Privatunterrichtsverhältniß der Lehrer oder der Schüler krank wird; im ersten Falle findet ein Abzug am Honorar statt, im zweiten nicht.

18) In der Transportverdingung kann auch ein Verwahrungsvertrag gelegen sein, der Advokat wird in erster Linie als Mandatar bestellt u. s. w.

19) Vgl. Zeiller und Ellinger zu §. 1159.

1) Vgl. die (allerdings nur zum Theil hieher gehörige) Abhandlung von Lemayer über die Haftung aus genossenschaftlichen Schuldverhältnissen, G.-Z. 1869 Nr. 1—9.

2) Anders bei den dem H.-G.-B. unterliegenden; vgl. diesen Paragraph a. E.

3) Auch das b. G.-B. thut es, z. B. §. 1201 ff.

4) Windscheid §. 406 Note 1.

5) Keller §. 346, Puchta §. 370 a. E., Arndts 318 a. E., Windscheid §. 407.

6) Eine solche existirt hier gar nicht.

handelt, wie bei anderen gemeinsamen Rechtsangelegenheiten, nur durch die ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung sämmtlicher Mitglieder oder ihrer (auch gemeinschaftlichen) Bevollmächtigen möglich (§. 1201), so daß also später eingetretene Gesellschafter für die bereits vorhandenen Gesellschaftsschulden nicht haften[7]); das Gleiche gilt naturgemäß auch für die Erwerbung gesellschaftlicher Rechte. — Der Begriff des Gesellschaftsvermögens im erwähnten Sinne im Gegensatz zum Sondervermögen jedes einzelnen Socius muß bei allen Gesellschaften, welche nicht zugleich allgemeine Gütergemeinschaften sind, insoferne festgehalten werden, als über das Gesellschaftsvermögen nur die Gesellschaft, über sein Sondervermögen aber jedes einzelne Mitglied frei verfügen kann; es müssen daher in dieser Beziehung Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschaft, welche in das erstere, und Rechte und Verbindlichkeiten der Einzelnen, welche in das letztere fallen, unterschieden werden (§. 1202). Forderungen gegen den Einzelnen können bei solchen Gesellschaften nur gegen ihn, nicht gegen die Gesellschaft geltend gemacht, Verbindlichkeiten gegen ihn nur an ihn erfüllt werden.[8]) Handelt es sich hingegen um sog. gesellschaftliche Forderungen oder Schulden, so sind zwar ebenfalls die einzelnen Mitglieder die Subjecte derselben, jedoch, wie in anderen Gemeinschaftsfällen, im Zweifel, d. i. wenn nichts anderes verabredet wurde[9]), nur pro rata d. i. im Verhältniß ihrer Antheilquoten am Gesellschaftsvermögen[10]), und sie können daher die Forderungen nur in diesem Verhältniß geltend machen, und sind nur in diesem Verhältniß die Schulden zu bezahlen verpflichtet (§. 1203). Die ganze Forderung oder Schuld aber kann nur von oder gegen die ganze Gesellschaft oder ihren ordnungsmäßigen Vertreter gemacht werden (§§. 847, 848). Für Privatschulden des

7) Windscheid §. 407 a. E.

8) Mit den selbstverständlichen Bestimmungen des §. 1202 u. 1203 pr. sollte der Gedanke wiedergegeben werden, der sich schon im Art. 8 der W.-O. von 1763 Abs. 4 und 5 findet. Dort wird bestimmt, daß nur für „Compagnieschulden jeder Handelsgesellschafter in solidum haftet, während für Schulden, die „ein jeder Socius insbesondere für sich selbst auf seinen eigenen und nicht der Compagnie Namen contrahiret .... hierum auch er insbesondere ohne Entgeld der Compagnie zu stehen hat, es wäre denn, ... daß eine Universalcompagnie oder societas omnium bonorum errichtet wäre ...., in welchem Falle die Societät nicht nur für die Societätsschulden, sondern auch für die von einem Socio auf sich allein ausgestellten Wechselbriefe (jedoch wenn dabei ein dolus oder culpa unterlaufen allein ausgenommen) zu stehen hat."

9) Nämlich mit Dritten. Die Verabredung unter den Gesellschafter könnte als Einkassirungsmandat höchstens bei activer Solidarität genügend sein.

10) Ebenso nach röm. R., wofern das Geschäft von sämmtlichen Gesellschaftern abgeschlossen wurde (was Vangerow III. S. 492 §. 653 mit Unrecht bemängelt, betonend, daß den Dritten die besonderen Societätsverhältnisse nichts angehen; vielmehr hat nach einer sehr natürlichen Interpretation bei gemeinschaftlichen Contrahirungen mit Dritten jeder Gemeinschafter im Zweifel nur seine Societätsportion im Auge, und will auch Dritten gegenüber nur in diesem Verhältniß haften). Wurde hingegen das Geschäft blos von einem oder einigen der Gesellschafter oder von einem Nichtgesellschafter für die Societät abgeschlossen, dann können die socii nur als Cessionare des Abschließenden klagen, hingegen in solidum geklagt werden und zwar ohne das beneficium divisionis, „ne in plures adversarios distringatur, qui cum

einzelnen Gesellschafters haftet nur sein Vermögen, zu welchem aber auch sein ideeller Antheil an den einzelnen Gesellschaftssachen gehört; für Gesellschaftsschulden haftet außer dem Sondervermögen jedes einzelnen Gesellschafters auch das gesammte Gesellschaftsvermögen als die Gesammtheit der jedem einzelnen Mitgliede daran zustehenden Quoten. Zur Einbringung von Gesellschaftsschulden können daher die einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Sachen, zur Einbringung der Privatschulden nur die ideellen Antheile daran in Execution gezogen werden.[11]) Insoweit ist also der Begriff des Gesellschaftsvermögens von practischer Bedeutung. Da aber sog. Gesellschaftsschulden thatsächlich doch nur Schulden der einzelnen Gesellschafter sind, so kann von einem Gesellschaftsconcurs bei vorkommender Ueberschuldung keine Rede sein, sondern es ist in solchem Falle nur über das Vermögen jedes Einzelnen, zu welchem aber allerdings auch sein Antheil an den Gesellschaftsaktiven gehört, der Concurs zu eröffnen, und es sind hiebei die Gesellschafts- und die Privatschulden ganz gleichmäßig zu behandeln[12]); sind sämmtliche Gesellschafter überschuldet, so entstehen soviele Concursmassen, als es Gesellschafter gibt. Eine Compensation zwischen Forderungen der Gesellschaft und Privatforderungen des Gesellschaftsschuldners gegen einen einzelnen Gesellschafter ist bis zu dem Betrage zulässig, in welchem der Gesellschafter an der gesellschaftlichen Forderung participirt; ebenso kann aber auch die geklagte Gesellschaft innerhalb der erwähnten Grenzen[13]) die dem einzelnen Mitgliede gegen den Kläger zustehenden Privatforderungen in Abrechnung bringen.[14])

Rücksichtlich der Handelsgesellschaften[15]) bestehen wesentliche Abweichungen von den vorstehenden Grundsätzen. Das Nähere gehört ins Handels- und Concursrecht.

---

uno contraxerit. Vangerow §. 653, Keller §. 346, Heimbach Rechtslex. IV. S. 690, Windscheid §. 407 Note 7, L. 4 pr. D. 14. 1, L. 44 §. 1 D. 21. 1.

11) Ueber diesen ideellen Theil kann der Gesellschafter, da er zu seinem Vermögen gehört, frei verfügen, ihn daher ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter an einen Dritten veräußern (§. 829), und dieser Dritte hat dann die Theilungsklage, ohne jenen Einwendungen, die dem Veräußerer entgegengestanden hätten, ausgesetzt zu sein (arg. §. 1120 b. G.-B., Hahn Comm. I. S. 262 Nr. 4, 7).

12) Hahn I. S. 263 Nr. 8.

13) D. i. bis zu dem Betrage, in welchem der Gesellschafter an der eingeklagten Schuld participirt.

14) Hahn a. a. O. S. 262 Nr. 6.

15) Sie betreiben ein Handelsgewerbe unter einer Gesellschaftsfirma, d. h. unter einem die Gesellschaft nach Außen als Einheit, als Collectivperson, bezeichnenden Namen, der, selbst wenn er lediglich aus den Namen der Mitglieder zusammengesetzt ist, nicht als Bezeichnung der Mitglieder, sondern der Gesellschaft als solcher, als Ein Namen, nicht als Mehrheit von Namen gilt. (Anders bei der sog. Gelegenheitsgesellschaft (§. 1179) und der stillen Gesellschaft im eng. S., die aber auch nicht als Handelsgesellschaften im technischen S. gelten.) Die Handelsgesellschaften gelten im Verhältniß zu Dritten in mancher Beziehung als selbständige Personen mit einem besonderen von dem Vermögen der Mitglieder wohl zu unterscheidenden Gesellschaftsvermögen. Regel ist allerdings, daß für Gesellschaftsschulden die Gesellschafter auch mit ihrem Sondervermögen haften; aber es ist möglich, daß Jemand einer Handelsgesellschaft auch nur mit einer bestimmten Einlage derartig beitritt, daß er nur mit dieser, nicht mit

§. 382. Wesen des Auftrags[1]) (des Mandats) insbesondere.

Der Auftrag ist ein Vertrag, wodurch sich Jemand einem Andern gegenüber verpflichtet, in dessen Namen ein Geschäft zu besorgen.[2]) Das b. G.-B. (§. 1002) nennt ihn auch Bevollmächtigungsvertrag, was darum zu weit ist, weil der Bevollmächtigungsvertrag auch die vom Mandat verschiedene Anweisung (s. hier Note 3 und vorigen Paragraphen) mit umfaßt.

Die wesentlichen Merkmale des Auftragsgeschäftes sind:

1) Die von einen Contrahenten dem anderen gegenüber eingegangene Verpflichtung[3]), den letzteren angehende Geschäfte zu besorgen. Er übernimmt diese Verpflichtung in Folge eines ihm vom Gegentheile gegebenen Auftrages, der auch in Form einer Bitte oder der Annahme des gegentheiligen Anerbietens gegeben werden kann;

2) das Geschäft muß im Namen des Auftraggebers[4]), d. i. in dessen Stellvertretung[5]) zur Besorgung übernommen werden. Daraus

---

seinem sonstigen Vermögen zu haften hat und nach Außen als Gesellschafter gar nicht auftritt (Eine beschränkte Haftung dieser Art besteht auch, wenn der Fiscus erbloses Gut an sich zieht, und bei der jure-crediti-Einantwortung: Pl. Entsch. G.-H. 1869 Nr. 53 [= (Peitler-)Krall Nr. 107]). Publicität der dritte Personen berührenden Gesellschaftsverhältnisse durch Eintragung des Gesellschaftsvertrages, der Firma, des Rechtes, die Firma zu führen u. s. w. in das Handelsregister. Subjecte des gesellschaftlichen Vermögens sind auch hier die einzelnen Gesellschaften, sie haften aber nach einem allgemeinen, bis ins Mittelalter zurückreichenden (Biener wechselrechtl. Abh. S. 249, 350) Gewohnheitsrecht für die Schulden solidarisch (H.-G.-B. Art. 112, 269, 280), sind aber auch zur solidarischen Geltendmachung der gesellschaftlichen Forderungen berechtigt (§. 1203 b. G.-G. Entsch. G.-H. 1869 Nr. 32 [= Schimkowsky I. Nr. 329], H.-G.-B. Art. 114—116); insofern aber wird die Gesellschaft selbst als Subject angesehen, als auch später eingetragene Mitglieder für die vor ihrem Eintritt bestandenen Gesellschaftsschulden haften (H.-G.-B. Art. 113), und die Privatgläubiger des einzelnen Gesellschafters behufs ihrer Befriedigung auf das Gesellschaftsvermögen nicht greifen dürfen (H.-G.-B. Art. 119). Letzteres dient zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger, die sich aber auch aus dem Privatvermögen der Socii erholen können. — Möglichkeit des Gesellschaftsconcurses: H.-G.-B. Art. 122, Einf. Ges. §. 30, 31; Unzulässigkeit der Compensation zwischen Forderungen der Gesellschaft und Privatforderungen des Gesellschaftsschuldners gegen einen einzelnen Gesellschafter, weil dies eine Befriedigung des Privatgläubigers aus dem Gesellschaftsvermögen wäre (H.-G.-B. Art. 121, vgl. Entsch. G.-Z. 1862 Nr. 49 [fehlt in den benutzten Sammlungen].

1) So nennt das Mandat auch Arndts §. 291, Windscheid §. 409, sächs. G.-B. §. 1295, östr. G.-B. §§. 1014, 1019.

2) Ueber andere Definitionen vgl. Note 6.

3) Liegt eine bloße Berechtigung dazu vor, so enthält das Geschäft eine Anweisung.

4) Nach röm. R., das eine directe Stellvertretung nicht zuläßt, ist dieses Merkmal nicht nur nicht wesentlich, sondern man kann in gewissem Sinne sagen, daß es geradezu fehlt. Heimbach Rechtslex. VII. S. 15 fg. — Das A. L.-R. I. 13 §. 5 sagt aber schon: „für ihn und statt seiner."

5) In der Hauptsache übereinstimmend Keller §. 313, welcher es als charakteristisch für das Mandat bezeichnet, daß „eine Thätigkeit nach Außen aufgetragen wird, wobei der Beauftragte mehr oder minder die Stelle des Mandanten vertreten und statt seiner handeln soll"; ferner Arndts §. 291 und Puchta §. 323, welche als eine Wirkung des Mandats geradezu die Begründung eines

folgt, daß nur Rechtsgeschäfte und andere juristische Handlungen [6]) Gegenstand des Auftrags sein können, da nur in Beziehung auf sie von einer juristischen Repräsentanz die Rede sein kann; so sind z. B. allerdings Gegenstand eines Mandats die Administration eines Hauses, die Führung eines Processes [7]), Besitznahme oder Dereliction einer Sache, Ausübung eines Rechtes im Namen des Auftragenden. Eben durch dieses Moment

---

Repräsentationsverhältnisses bezeichnen. So auch alle älteren östr. Schriftsteller (vor Unger). Wie es das Gesetz meint, zeigt §. 1002 (verb. „im Namen des Andern").

6) Daß nicht Rechtsgeschäfte allein hier in Frage kommen, beweist z. B. §. 837 b. G.-B., wonach der Gemeinschafter, wenn er im Interesse der Gemeinschaft Handlungen vornimmt, als Mandatar (nicht als negotiorum gestor) behandelt werden soll; diese Handlungen, zu denen er nach §. 837 ohne Zweifel berechtigt erscheint, können zwar auch Rechtsgeschäfte, aber gewiß nicht nur Rechtsgeschäfte sein. Manche gehen aber hier viel zu weit. So von östr. Juristen Unger II. S. 139 Note 40, welcher die Meinung bekämpft, daß es dem Mandat wesentlich sei, daß das Geschäft im Namen des Auftraggebers zur Besorgung übernommen werde, und auch gewöhnliche Arbeiten (Kleider reinigen, Nachrichten einziehen u. dgl.; vgl. §. 960: „ein anderes auf die anvertraute Sache sich beziehendes Geschäft . .") als mögliche Gegenstände des Mandats erklärt. Vgl. auch Heimbach S. 17; Windscheid §. 409, welcher gleichfalls lehrt, daß „die Thätigkeit, auf welche der Auftrag gerichtet ist, sowohl rechtlicher, als factischer Natur sein kann." Das mag für das röm. R. seine Richtigkeit haben, für das heutige und insbesondere das östr. trifft es nicht zu. Wenn die Administration eines Hauses, selbst wenn sie nicht das Abschließen von Rechtsgeschäften mit sich bringt, Gegenstand des Mandats ist (s. die folg. Note), so ist dies darum der Fall, weil Administration eines Hauses Eigenthumsausübung, also eine juristische Handlung ist; dagegen ist die Handlung des Sensals — Bekanntgabe der Vertragsbereitwilligkeit eines Anderen — eine lediglich factische, also nicht Gegenstand des Mandates. — Richtig ist freilich, daß der Ausdruck „Geschäft" (§. 1002 b. G.-B.) auch bloße Dienstleistungen umfaßt (vgl. §§. 1155, 1161, in welch' letzterem es sogar heißt: „aufgetragenes Geschäft, und §. 960 cit.: „Geschäft aufgetragen"); allein §. 1002 fordert ja, daß das Geschäft „im Namen des Andern" zur Besorgung übernommen werde, und schränkt damit den Begriff des Mandats auf jene Handlungen ein, rücksichtlich deren eine Stellvertretung vorkommen kann. Dafür sprechen auch die Ausdrücke Bevollmächtigungsvertrag, Vollmacht, Machthaber u. s. w. — Wieder anders Witte Krit. Vjschr. VIII. S. 350, 351. Er definirt das Mandat als „die vertragsmäßige Veranlassung Jemandes zu einer den Mandirenden in irgend einer Weise interessirenden Handlung, sofern diese nicht in einer Leistung direct an den Veranlassenden besteht." Denkt man insbesondere an einen Versicherungsvertrag zu Gunsten eines Dritten, so ist nicht zu verkennen, daß §. 1019 b. G.-B. ein Argument für diese Definition enthält. Gleichwohl ist sie zu weit: denn ist der Auftrag des A an den B, dieser möge seine eigene (des B) Schuld an den C bezahlen, oder ihn ohne Regreßanspruch gegen den A beschenken, ein Mandat?

7) In beiden Fällen sind nicht nur Rechtsgeschäfte mit Dritten, sondern auch sonstige Handlungen (Verfassung der Proceßschriften, Beaufsichtigung des Hauses) Gegenstand des Mandats. Darum erklärt auch §. 960 die mit Auftragung sonstiger Geschäfte verbundene Hinterlegung für ein Mandat und §. 816 den Testamentsexecutor für einen Mandatar, obwohl er auch andere als Rechtsgeschäfte zu besorgen hat. Ebenso ist es ein Mandat, wenn ein Besteller die übernommene Arbeit einem Dritten aufträgt (§. 1161), und zwar von dem Gesichtspunkt aus, daß die Verrichtung der Arbeit Zahlung (§. 1412) ist; insofern ist hier allerdings Vornahme eines Rechtsgeschäfts für einen Andern aufgetragen.

unterscheidet sich das Auftragsgeschäft von der Dienstmiethe; auch diese kann möglicherweise die Errichtung von Rechtsgeschäften durch den Bestellten mit sich bringen, allein sie werden von ihm nicht als Stellvertreter geschlossen.[8]) Daß übrigens das Geschäft auch im Verhältniß zu Dritten im Namen des Auftraggebers besorgt werde[9]), ist nicht wesentlich; der Commissionär, d. i. derjenige, der ein ihm aufgetragenes Geschäft im Verhältniß zu Dritten im eigenen Namen, wiewohl auf Rechnung des Auftraggebers (Committenten) zu besorgen übernimmt, ist gleichfalls Stellvertreter[10]) (Mandatar), und wird auch vom Gesetze (§. 1088) ausdrücklich als Gewalthaber bezeichnet. — Endlich

3) das Geschäft muß auf Rechnung des Auftraggebers[11]), d. i. so vorgenommen worden, daß es ihm[12]) in Rechnung gebracht wird.[13]) — Unentgeltlichkeit ist nach östr. Recht kein wesentliches Erforderniß des Auftragsverhältnisses[14]); vielmehr kann eine Entlohnung nicht nur ausdrücklich, sondern mit Hinsicht auf den Stand und die Beschäftigungsart

---

8) Wer einen Bau auszuführen versprochen hat, wird zwar dadurch zum Abschluß zahlreicher Rechtsgeschäfte mit Dritten veranlaßt und genöthigt; allein er schließt diese Verträge im eigenen Namen und auf eigene Rechnung; er ist nicht einmal dem Besteller gegenüber Stellvertreter (also anders als der Commissionär — s. Note 10); und die Hauptsache sind überhaupt nicht diese Verträge, sondern die Bauleitung.

9) Ist es der Fall, so ist es allerdings nicht ohne rechtliche Bedeutung.

10) Der Commissionär ist allerdings Stellvertreter des Committenten; nur tritt die Stellvertretung im Verhältniß zu Dritten nicht hervor. Gewiß aber erwirbt er Besitz und Eigenthum für den Committenten. Vgl. Bd. I. S. 361. Mit Unrecht lehrt Unger II. S. 135, 136 Note 26, daß der Commissionär nicht Stellvertreter sei.

11) Also auch in diesem Sinn für ihn, in seinem Interesse.

12) Die Eröffnung fremder Geschäfte für eigene Rechnung ist das kennzeichnende Merkmal der Anweisung.

13) Die aus dem Geschäfte hervorgehenden Rechte und Verbindlichkeiten müssen in ihrem Enderfolg das Vermögen des Auftragenden berühren (erweitern, belasten, — insofern also dazu gehören), doch ist es nicht nothwendig, daß er sofort Subject dieser Rechte und Verbindlichkeiten sei. Bei Commissionsgeschäften ist der Commissionär Subject der daraus erwachsenden Rechte und Verbindlichkeiten; dennoch kann man sagen, daß sie in das Vermögen des Committenten gehören. H.-G.-B. Art. 368 und oben Bd. I a. a. O.

14) Nach röm. R. ist das Mandat wesentlich unentgeltlich; entgeltliche Besorgung fremder Geschäfte ist Dienstmiethe (Heimbach Rechtslex. VII. S. 15). Nach heutigem gemeinen Recht steht der Entgeltlichkeit des Mandats so wenig im Wege, daß sie, wo es der Stand des Geschäftsführers mit sich bringt, sogar vermuthet wird (Holzschuher II. 2. S. 542, Keller §. 313 a. E.). Dadurch ist die scharfe Grenzlinie, die zwischen Mandat und Miethe bestanden hatte, verwischt worden und so ist sie heute zum Theil bestritten. Walter §. 272 will sie nun darin finden, daß man beim Mandat seine Thätigkeit einem Anderen vorwiegend aus Gefälligkeit und persönlicher Rücksicht widme, und die Absicht, dadurch etwas für sich zu gewinnen, entweder gar nicht oder nur in ganz untergeordneter Weise vorhanden sei, während man bei der Dienstmiethe seine Dienste wesentlich wegen des eigenen Interesse (um der Gegenleistung willen) leiste. Dagegen mit Recht Gerber §. 199 Note 1. Dieses Schwanken der Doctrin hat das sächs. G.-B. §. 1295 bestimmt, zur Lehre des röm. R. (mit einer Modification §. 1299) zurückzukehren. Den wahren Unterschied s. vor Note 8. — Die Frage hat ihr praktisches Interesse insbesondere rücksichtlich der juristischen Qualification der

des Beauftragten auch stillschweigend bedungen sein, und so der Vertrag als ein entgeltlicher erscheinen (§. 1004); nur im Zweifel ist er allerdings unentgeltlich (§. 1013). —

Der Auftraggeber (mandans, mandator) wird im b. G.-B. Gewalt- oder Machtgeber, der Beauftragte (mandatarius) Gewalt- oder Machthaber genannt (§§. 1014, 1019).

Erhält Jemand einen Auftrag zur Besorgung fremder Geschäfte, so steht es ihm natürlich frei, denselben anzunehmen oder abzulehnen; er ist nicht einmal dafür verantwortlich, wenn er jede Rückäußerung unterläßt. Nur die zur Ausführung fremder Aufträge öffentlich bestellten Personen, z. B. Advokaten, Notare u. s. w. sind bei sonstiger Verantwortung für jeden Schaden zur unverweilten Rückäußerung verpflichtet (§. 1003).

Aufträge können mündlich oder schriftlich ertheilt und angenommen werden; nur zum Zwecke der Legitimation Dritten gegenüber pflegt man dem Beauftragten eine schriftliche Urkunde auszustellen, welche Vollmacht genannt wird (§. 1005). Bei Commissionen, bei denen es auf diese Legitimation nicht ankommt, entfällt die Vollmacht.

§. 388. Das Ausgedinge.[1])

Das Ausgedinge (Auszug, Ausnahme, Altentheil, reservatum rusticum)[2]) ist der Inbegriff der Vortheile, welche der Uebernehmer eines Bauerngutes dem vorigen Besitzer oder dessen Ehefrau oder auch beiden[3]) zu ihrer Versorgung für ihre Lebenszeit zu leisten verspricht[4]). Dasselbe wird meist bei der Uebergabe des Bauerngutes an den sog. Stamm- oder Anerben[5]), oft auch beim Verkauf des Gutes an einen Dritten

---

Thätigkeit des Sensals (Note 6). Nach röm. R. konnte das Vertragsverhältniß mit dem Sensal (proxeneta) nur nach den Grundsätzen vom Mandat beurtheilt werden, weil operae liberales (und seine Dienste gehörten zu diesen) nicht Gegenstand der Dienstmiethe sein konnten. Noch heute will es Hahn Comm. I. S. 167, 168 unentschieden lassen, ob der Sensal Mandatar sei oder seine Dienste vermiethe, obwohl er richtig erkennt, daß die Thätigkeit desselben nicht im Abschließen von Geschäften bestehe. In der That ist aber — wenigstens wenn nicht freies Kündigungsrecht im Sinne des Vertrages liegt — kein Grund vorhanden, der es zweifelhaft machen könnte, daß es sich bei der Thätigkeit des Sensals um eine Dienstmiethe handelt. Windscheid §. 404 Note 3, R. Koch der Maklervertrag und der Entwurf eines deutschen Obl.-R. (Deutsche G.-Z. N. F. II. S. 223—234).

1) Rößler Inaug.-Diss. über das Ausgedinge auf Bauerngütern nach den bestehenden Vorschriften in Oesterreich, mit besonderer Rücksicht auf das Königreich Böhmen. Prag 1842; Hänsel Die L. v. d. Auszuge oder der Leibzucht. Leipzig 1834; Buddeus Rechtslex. I. S. 518—539.

2) Die gesetzliche Regelung des Instituts ist in Oesterreich eine sehr dürftige.

3) Auch den Kindern kann ein Auszug zugewendet werden, aber kein Auszug im rechtlichen Sinne. Buddeus S. 527. Vgl. auch Hofd. v. 5. Aug. 1795.

4) A. L.-R. I. 11 §. 602: „Auszug oder Altentheil heißen diejenigen Vortheile, welche der Unternehmer einer Rusticalstelle dem vorigen Besitzer zu seiner Versorgung auf Lebenslang anweist."

5) Wenn sie noch bei Lebzeiten des abtretenden Hofbesitzers zum Zwecke der

ausbedungen, und bildet in beiden Fällen einen Nebenvertrag der sog. bäuerlichen Gutsübergabe[6]); es kann aber auch durch letzten Willen bestellt werden[7]), und es treten auch in diesem Falle wesentlich gleiche Rechtswirkungen ein.

Der mögliche Inhalt des Ausgedings ist sehr mannichfaltig: Versprechen der Naturalverpflegung durch Gestattung der Theilnahme an Kost und Wohnung oder Einräumung einer besonderen Wohnung unter Darreichung der weiteren Alimente in Geld oder in Natur, Ueberlassung des Genusses gewisser Grundstücke, allenfalls auch verbunden mit dem Versprechen gewisser Dienstleistungen[8]) u. s. w. Die Benutzung einer Wohnung oder eines Grundstücks kann ebensogut als Personalservitut, wie als rein obligatorisches Recht eingeräumt werden[9]), je nach der Intention der Parteien. Eben durch diese Verschiedenartigkeit des Inhaltes unterscheidet sich dieses im deutschen bäuerlichen Rechtsleben altherkömmliche Institut von der Leibrente wesentlich.[10]) Sehr häufig wird das Ausgedinge als Reallast bestellt[11]); im Zweifel ist dies (nicht Belastung des Gutes mit einer Hypothekarschuld) anzunehmen, wenn zum Zwecke der Wirksamkeit des Auszugs gegen spätere Besitzer des Gutes Intabulation des Ausgedings bedungen und bewirkt wurde.[12]) — Als höchstpersönliches Recht ist das Recht des Ausgedingers nur der Ausübung nach übertragbar[13]); ja insoweit es die Theilnahme an der gemeinschaftlichen Wohnung, die Kostgewährung am Tische des Gutsübernehmers, Pflege in

---

Anticipirung der Erbfolge (successio anticipata) erfolgt. Buddeus S. 523, Gerber §. 254.

6) Buddeus S. 524.

7) Entsch. G.-Z. 1856 Nr. 67 [= Sammlung I. Nr. 177], wo der Auszug der hinterbliebenen Witwe vermacht war. Vgl. sächs. G.-B. §. 1155.

8) Buddeus S. 534—536, Sächs. G.-B. §. 1159.

9) Im letzteren Sinne entscheidet G.-H. 1868 Nr. 84 [fehlt in den benutzten Sammlungen] von einem Ausgedinge, welches ein Benutzungsrecht gewisser Grundbestandtheile (Wohnung, Stallung, Scheune) enthielt, weil es wesentlich in dem Rechte bestehe, bestimmte Leistungen von dem Verpflichteten zu verlangen, und auch diese Benutzungsrechte nur integrirende Bestandtheile dieses Anspruchs auf Leistungen seien; daher verjähre auch dieses Benutzungsrecht erst in 30, nicht nach §. 1488 in 3 Jahren.

10) Die Verschiedenheit beider Institute anerkennen Buddeus S. 524, 525, Rößler S. 22 fg., Stubenrauch III. S. 499, Unger I. S. 567 Note 51, Gerber §. 191. Unger will aber den wesentlichen Unterschied darin finden, daß das Ausgedinge Reallast, die Leibrente nicht Reallast sei; allein sicherlich kann das Ausgedinge auch als rein persönliche Schuldigkeit bestellt werden, und umgekehrt ist nicht abzusehen, warum eine Leibrente nicht sollte als Reallast constituirt werden können.

11) Mittermaier §. 291 Nr. 4, sächs. G.-B. §. 1157. Nach Gerber §. 168 Note 4 ist es im Zweifel, nach Buddeus S. 530, Walter §. 529 und Unger a. a. O. immer eine Reallast.

12) So auch Entsch. G.-H. 1868 Nr. 84 [s. Note 9]; dagegen, und für Annahme einer Hypothekarschuld namentlich die ältere Praxis; so noch Entsch. G.-Z. 1852 Nr. 155, 1867 Nr. 90, 1873 Nr. 41 [Peitler 2. Aufl. Nr. 191 (u. 858), Sammlung V. Nr. 2638, XI. Nr. 4957 (= Spr.-Rep. Nr. 49)] und in Haimerl's Mag. XVI. S. 337 ff. [= Sammlung I. Nr. 341].

13) Soweit es der Ausübung nach übertragbar ist, ist es auch Gegenstand der Execution, bei deren Durchführung freilich vielfache Schwierigkeiten entstehen. Vgl. Laufenberger Ztschr. f. R. u. St. 1841 I. S. 375.

Krankheitsfällen oder die Servitut des Gebrauchs zum Inhalt hat, kann es nicht einmal der Ausübung nach übertragen, und daher auch nicht in Execution gezogen werden.[14])

Die Wirkung des Vertrages richtet sich im Einzelnen nach der Verschiedenheit seines Inhaltes. Bedungene Naturalerzeugnisse müssen dem Ausgedinger im Zweifel monatlich vorhinein geleistet werden (§. 1418)[15]), ohne daß Mißwachs, Kriegsnoth u. dgl. einen Anspruch auf Abminderung gewähren würden.[16]) Die Erhaltung der eingeräumten Naturalwohnung obliegt, wenn das Recht des Ausgedingers Gebrauchsrecht ist, dem Ausgedingspflichtigen (§. 508), wenn es Fruchtgenußrecht ist, dem Ausgedinger selbst (§. 513); consequent ist der Ausgedingpflichtige auch nur im ersten Falle zur Wiederherstellung des durch Zufall zerstörten Gebäudes, im letzteren dagegen nur zur Leistung eines Aequivalentes für die entbehrte Wohnung verpflichtet (§§. 508, 515).[17]) Ebenso trägt die auf dem Ausgedingsgrundstück haftenden Lasten im ersten Falle der Ausgedingspflichtige, im letzteren der Ausgedinger selbst (§§. 508, 512).[18])

Das Ausgedinge erlischt in allen Fällen durch den Tod des Ausgedingers. Wurde es zwei Ehegatten gemeinschaftlich bestellt, so erhält nach dem Tode des einen[19]) der Ueberlebende von den theilbaren, kraft des Ausgedings zu leistenden Gegenständen die Hälfte, die untheilbaren ganz; und auch die an sich theilbaren Gegenstände gebühren ihm zur Gänze, soweit sie zur Erhaltung oder Benutzung eines ihm ganz verbleibenden Gegenstandes[20]) bestimmt sind.[21]) — Im Falle der zwangs-

---

14) Stubenrauch III. S. 500, Buddeus S. 529, 530. — Entsch. G.-Z. 1872 Nr. 5 [= Sammlung IX. Nr. 4236] versagt die Execution auf ein in Alimentationsreichung bestehendes Ausgedinge.

15) Nach Buddeus S. 536 und sächs. G.-B. §. 1164 fg. regelmäßig in der Zeit, in welcher sie gewonnen worden sind.

16) Stubenrauch S. 499, Buddeus S. 531.

17) Anders sächs. G.-B. §. 1172, Buddeus S. 534, Stubenrauch S. 499, wonach ohne diese Unterscheidung der Ausgedingspflichtige zur Wiederherstellung des Gebäudes oder Einräumung einer anderen Wohnung verpflichtet sein soll. Der Untergang eines Grundstücks soll dem Ausgedinger allein zur Last fallen: Buddeus S. 531, 538. Entsch. G.-H. 1868 Nr. 84 [oben Note 9] betrachtet den Belasteten als nicht verpflichtet zur Wiederherstellung, wohl aber soll er nach geschehener Wiederherstellung verbunden sein, die Ausübung des intabulirten Ausgedings zu dulden.

18) Stubenrauch S. 499 legt die Lasten immer dem Ausgedingspflichtigen, Buddeus S. 532 dann dem Ausgedinger auf, wenn ihm ein besonderes Grundstück zur Benutzung überlassen worden ist.

19) Nach sächs. G.-B. §. 1162 kann Scheidung, Trennung und Ungiltigkeitserklärung der Ehe nur den Gatten, für welchen sich der andere ein Ausgedinge hat versprechen lassen, seines Antheils verlustig machen, nicht aber den Ausgedingspflichtigen von fernerer Leistung befreien.

20) Z. B. Brennholz, Kerzen zur Beheizung und Beleuchtung der Wohnung.

21) So sächs. G.-B. §. 1163, Buddeus S. 528, Walter §. 529, Mittermaier §. 291 Nr. 6, Kitka in Haimerl's Mag. XII. S. 305—308, mit Beziehung auf einen Rechtsfall (Getreide fällt zur Hälfte weg, nicht auch Wohnung und Brennholz). Verwandt die Entsch. G.-Z. 1856 Nr. 67 [s. oben Note 7], betreffend ein der Witwe von der Großjährigkeit der beiden Söhne an vermachtes Ausgedinge, welches bei der

weisen Veräußerung des belasteten Grundstücks ist das Ausgedinge, wenn es intabulirt ist, wie eine persönliche Servitut zu behandeln[22]); der Ersteher übernimmt es also unbedingt nur dann, wenn es mit Rücksicht auf die vorausgehenden Lasten in dem erzielten Gutskaufpreis (Meistgebot) seine vollständige Bedeckung findet.[23]) Reicht dieser dazu nicht aus, so kann der Ausgedinger die Leistung des Ausgedinges so lange fordern, als der Kaufpreis dazu hinreicht[24]) — eine verhältnißmäßige (etwa seiner wahrscheinlichen Lebensdauer entsprechende) Herabminderung braucht er sich (wegen der Ungewißheit der Dauer seines Lebens) nicht gefallen zu lassen. Entfällt aus dem Kaufpreise nach dem Range des Ausgedings gar nichts auf dasselbe, so braucht der Ersteher es überhaupt nicht zu leisten.[25]) Bleibt nach dem Tode des Ausgedingers von dem zur Bestreitung desselben reservirten Bedeckungscapital noch etwas übrig, so gelangt dieser Rest zur Vertheilung unter die dem Ausgedinger nachstehenden Gläubiger.[26])

Die Frage in Betreff der Zulässigkeit der Anfechtung des Aus=

Großjährigkeit des älteren nur zur Hälfte ins Leben zu treten hatte. Unrichtig die Entsch. G.=H. 1858 Nr. 5, 1867 Nr. 88 [= Sammlung I, Nr. 479, VI. Nr. 2809], welche eine theilweise Erlöschung gar nicht zulassen wollen. Das entgegengesetzte Extrem bei Stubenrauch S. 500.

22) Rößler §§. 25, 26, Unger I. S. 561 Note 25. Ueber die Detailfragen, die sich da aufwerfen, vgl. Wizdalek im Jurist XVII. S. 70 fg., auch Chrudimsky in Haimerl's Mag. VI. S. 117. — E.=O. §§. 15, 32, 74, 182. — Nach dem sächs. G.=B. §. 519 ist die Zwangsversteigerung unter Annahme doppelter Gebote, einmal auf das Grundstück mit der Last des Auszugs, sodann auf das Grundstück ohne diese Last zu bewerkstelligen; ergibt sich, daß die älteren hypothekarischen Gläubiger durch Ueberweisung dieser Last an den Ersteher benachtheiligt werden würden, so ist das Grundstück unter Zugrundelegung der letzteren Gebote (ohne die Last) zuzuschlagen, im entgegengesetzten Falle die Versteigerung im ersteren Sinne (mit der Last) fortzusetzen.

23) So Entsch. in Haimerl's Mag. XVI. S. 337 (= Sammlung I. Nr. 341), G.=H. 1869 Nr. 56 [= Samml. VII. Nr. 3348]. Danach ist das Grundstück ohne Rücksicht auf diese Last zu versteigern, der jährliche Werth des Ausgedings mit 5% zu capitalisiren, und, wenn dieses Capital in seiner Rangordnung durch den Kaufpreis gedeckt ist, der Ausgedinger in seinem Genusse zu belassen, der Ersteher aber bleibt im Genusse des Bedeckungscapitals.

24) Und zwar vollständig. So Entsch. G.=Z. 1867 Nr. 90, 1868 Nr. 11 (= G.=H. 1868 Nr. 59) [= Sammlung V. Nr. 2638, VI. Nr. 2863]. Nach Entsch. G.=Z. 1873 Nr. 41 (Spr.=Rep. Nr. 49 [= Sammlung XI. Nr. 4957] ist das Ausgedinge, so lange das Bedeckungscapital reicht, in natura zu entrichten.

25) S. Entsch. Sammlung I. Nr. 341 (Note 23).

26) Entscheidung in vor. Note, ferner G.=Z. 1867 Nr. 90 (Note 24) G.=H. 1868 Nr. 59, 1870 Nr. 29 [= Sammlung VI. Nr. 2863, VIII. Nr. 3720]. Kommen dabei nur die Capitalforderungen dieser Gläubiger in Betracht oder werden ihnen auch die vom Feilbietungstage des Grundstücks bis zum Todestage des Ausgedingers laufenden Zinsen aus dem frei gewordenen Capital ausbezahlt? Die Praxis neigt sich zur ersten Ansicht mit der Motivirung, daß die Zinsen des Bedeckungscapitals vom Tage der Feilbietung vom Ausgedinger bezogen werden (Entsch. G.=H. 1868 Nr. 3 = G.=Z. 1868 Nr. 19 [= Sammlung VI. Nr. 2914]), schwerlich mit Grund, denn — wie die Einsender der obigen Entsch. betonen — es entspricht dem geltenden Rechte nicht, daß nachfolgende Gläubiger auf Kosten der vorhergehenden befriedigt werden.

gedingsvertrags wegen Verletzung über die Hälfte läßt sich nicht immer vom Standpunkt des Rechtes der Glücksverträge (§. 1268) beantworten; die Bestellung eines Ausgedings erfolgt nämlich meist bei Gelegenheit des Abschlusses eines anderen Hauptvertrags nebenbei, und ist wohl der letztere sehr wichtig für die rechtliche Behandlung des Nebenvertrags, nicht aber auch umgekehrt. Es ist demnach die Frage danach zu beantworten, ob sich auch der Hauptvertrag in seiner Gänze als ein aleatorischer darstellt oder nicht.[27])

§. 390. Wettgeschäfte.

Unter den Glücksgeschäften gibt es eine Gattung, bei welcher das Wagniß von Gewinn und Verlust der einzige materielle Zweck ihrer Eingehung ist; man nennt sie Wettgeschäfte oder Wetten im weiteren Sinne.[1]) Es verspricht dabei der eine Contrahent für den Fall des Eintrittes, der andere für den Fall des Nichteintrittes eines vertragsmäßig festgesetzten noch ungewissen Ereignisses seinem Compaciscenten etwas zu gewähren.[2]) Einen materiellen Nutzen haben solche Geschäfte darüber hinaus nicht; darum gelten sie zwar im Allgemeinen als erlaubt, allein richterliche Hilfe wird zur Durchsetzung der aus ihnen hervorgehenden obligatorischen Ansprüche der Regel nach nicht gewährt. — Solche Geschäfte sind:

1) die Wette im engern Sinne.[3]) Man versteht darunter ein Uebereinkommen, wodurch sich die Parteien bei einem Meinungsstreit im Interesse der Bewährung ihrer Ansichten einigen, es solle derjenige, dessen Behauptung sich als unrichtig erweist, etwas verwirkt haben.[4]) Wesentlich ist dabei, daß der Ausgang der Wette entweder beiden Theilen unbekannt ist, oder, wenn er einem Theile bekannt wäre, dies dem Gegentheile nicht

27) Für die Zulässigkeit des Rechtsmittels wegen laesio enormis Buddeus S. 537, aus dem im Text benutzten Grunde.

1) In diesem weiteren Sinne ist der Ausdruck Wette im ersten Satze des §. 1272 zu verstehen; in demselben Sinne nennt das Lottopatent v. 13. März 1813 §. 3, 8 das Einlegen in die Lotterie einen Wettcontract.

2) Mit Unrecht sehen die meisten Civilisten (vgl. z. B. Windscheid §. 419) in dieser Verabredung das einzige Merkmal des Spiels und der Wette. Gewiß nämlich ist es keine Wette, sondern ein klagbares Versicherungsgeschäft, wenn A. für den Fall, daß sein Schiff nicht untergeht, dem B. 1000, dieser hingegen dem A. für den entgegengesetzten Fall 100 000 verspricht. Das Richtige hat diesfalls Puchta §. 258; vgl. auch Entsch. G.-H. 1867 Nr. 66 [= Sammlung VI. Nr. 2738].

3) Vgl. Menzel Jurist IV. S. 90 fg. Neuestens Krügelstein über den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette. Leipzig 1869; er vertritt die Gerber'sche Ansicht, wonach Spiel und Wette nicht negativ definirt werden dürfen, weil sie nicht ihr Genus erschöpfende Gegensätze sind.

4) Gerber §. 194, Walter §. 374; würde nur Ein Theil für den Fall, daß der Erfolg seiner Behauptung nicht entspricht, etwas versprechen, so läge eine bedingte Schenkung vor. Uebrigens ist ein Zahlungsversprechen der Wette keineswegs wesentlich; ein solches liegt auch nicht vor, wenn der Wettpreis deponirt, also im voraus erlegt wurde, oder wenn er in einem Schulderlaß besteht. Die Wette ist hiernach nicht immer ein obligatorischer Vertrag. — Auch kann die Zahlung an einen Dritten versprochen werden.

verheimlicht werde[5]), widrigenfalls das Uebereinkommen, wofern der Ausgang dem gewinnenden Theile bekannt war, wegen Dolus als nichtig, wenn aber der verlierende darum wußte, als Schenkung anzusehen wäre (§. 1270). Auch jede sonstige Arglist einer Partei gegen die andere, sowie jeder unsittliche Inhalt der Wette[6]) machen dieselbe nichtig (arg. §. 1271 verb.: „Redliche und sonst erlaubte Wetten . . .“). — Hat die Wette die gesetzlichen Erfordernisse, so begründet sie zwar eine sog. natürliche Verbindlichkeit[7]), kraft deren das Gezahlte nicht mehr zurückgefordert, und auch das bei einem Dritten zu Gunsten des Gewinnenden Hinterlegte nicht mehr zurückgenommen werden kann[8]); allein eine gerichtliche Klage des Gewinnenden gegen den Verlierenden auf Entrichtung des versprochenen Wettpreises findet nicht statt[9]) (§. 1271). Eine Klage gegen den verwahrenden Dritten auf Ausfolgung des Wettpreises ist jedoch ebenso zulässig[10]), als die Klage gegen den verlierenden Contrahenten auf bloße Gestattung dieser Ausfolgung[11]), oder auch, wenn er den deponirten Wettpreis eigenmächtig zurückgenommen haben sollte, auf die Ausfolgung selbst[12]), sowie endlich eine Präjudicialklage auf Erkenntniß, daß die

5) Dagegen Entsch. G.-Z. 1861 Nr. 12 [= Sammlung III. Nr. 1212], weil Ungewißheit des Erfolges zum Wesen der Wette gehöre, und der Wettpreis nur auf den Fall dieser Ungewißheit eingesetzt werden wollte. Gegen diese Entsch. (es handelte sich um das Alter eines der Wettenden, der kein Geheimniß daraus machte, daß es ihm ganz gut bekannt sei) ist gerichtet die Abhandlung von Arndts G.-Z. 1861 Nr. 101, 102 [= Civ.-Schrift. I. Nr. 24, S. 384 ff.]; sie weist nach, daß der erste Satz des §. 1270 vervollständigt werden muß durch concl. a contrario aus dem zweiten. Uebereinstimmend Stubenrauch III. S. 477, Windscheid §. 420, Walter §. 374 a. E., Mittermaier §. 297, Gerber §. 194 Note 5.

6) Z. B. es wird darüber gewettet, ob einer der Wettenden eine bestimmte unsittliche Handlung zu begehen im Stande sei.

7) Menzel a. a. O.

8) Nach Ellinger §. 1271 läßt die Wettschuld weder eine Sicherstellung durch Pfandrecht noch durch Bürgschaft zu. Die erste dieser Behauptungen ist wohl unrichtig.

9) So auch A. L.-R. I. 11 §. 579, sächs. G.-B. §. 1480, Cod. civ. Art. 1964—1967. Nach röm. R. sind Wetten (sponsiones) klagbar, sofern sie nichts Unsittliches enthalten, unerlaubt sind aber Wetten beim Spiel. Arndts §. 236, Windscheid §. 419, 420 Note 1. Streitig, ob diese Sätze auch noch dem heutigen gem. R. angehören.

10) Stubenrauch III. S. 478 und Note **, Arndts G.-Z. 1861 Nr. 101, 102 [s. oben Note 5]. Das Gesagte ergibt sich schon aus der Natur des Zahlungsmandates, bei welchem dem Mandatar Einreden aus der Person des Mandanten nicht zu statten kommen. Nur darf natürlich die Frage, ob die Wette gewonnen sei, nicht mehr streitig sein; trifft dies zu, so schützt den Depositar vor der Klage nicht einmal eine Contremandirung. Vgl. L. 17 §. 5 D. de praescr. verb. 19. 5.

11) Vgl. den Rechtsfall in Petruska's Zeitschr. II. Nr. 44 und die darüber erflossene Entscheidung erster Instanz (die höheren wurden nicht angerufen).

12) So auch Stubenrauch S. 479, Menzel S. 110, Arndts G.-Z. 1861 Nr. 102 [s. oben Note 5]. Der Depositar ist eine Art Sequester, somit Vertreter beider Theile. Die Hinterlegung bei ihm gilt daher auch als Tradition an den Gewinnenden selbst; consequent muß der Verlierende der Klage des Gewinnenden ebenso ausgesetzt sein, als ob er die Sache dem Gewinnenden selbst entrissen hätte.

Wette gewonnen sei[13]), da §. 1271 nur die Klage auf Erfüllung der Wette ausschließt.[14])

2) Der Spielvertrag. Ein solcher ist vorhanden, wenn die Parteien Gewinn und Verlust von dem Ausgange eines Spieles, d. i. einer zu diesem Zwecke unternommenen Thätigkeit abhängig machen.[15]) Jeder Spielvertrag ist ein Wettgeschäft im weiteren Sinne, es gelten daher die von der Wette entwickelten Rechtssätze auch von ihm (§. 1272).[16]) Es gibt jedoch auch Spiele, welche entweder allgemein[17]) oder besonderen Personenklassen[18]) verboten sind, und die darum nicht nur die Zuwiderhandelnden, sondern auch diejenigen, die ihnen dazu Unterschleif geben, strafbar machen[19]), worüber das Nähere im St.-G.-B. und den besonderen darüber bestehenden Verordnungen enthalten ist (§. 1272). Das Uebereinkommen auf ein solches (verbotenes) Spiel ist nichtig, und das Gezahlte kann zurück gefordert werden.[20]) Dagegen ist ein Darlehen zum Zwecke eines Spieles keine Spielschuld, und daher unbedenklich klagbar (§. 901).[21])

3) Das Uebereinkommen auf das Loos. Das Loos unterscheidet sich vom Spiele dadurch, daß hier die Entscheidung lediglich vom Zufall abhängig gemacht wird[22]), und daß, wenn es ja zur Herbeiführung der Entscheidung einer Thätigkeit bedarf[23]), sie hier nur ein Mittel dazu ist, während sie beim Spiele als Zweck erscheint.[24]) Das Loos wird häufig angewendet als Entscheidungsmittel bei einer Streitigkeit (vgl. §. 835), bei der Theilung einer gemeinschaftlichen Sache (§. 841), bei einer Wahl[25])

---

13) Entsch. G.-H. 1867 Nr. 39 [= Sammlung VI. Nr. 2759].

14) Arndts a. a. O. [oben Note 5].

15) Gerber §. 193, Walter §. 369, Thöl Handelsr. I. §. 102.

16) So auch A. L.-R. I. 11 §. 577, sächs. G.-B. §. 1480, Cod. civ. Art. 1965. Das röm. R. verbietet mit wenigen Ausnahmen alle Spiele und verstattet die Klage auf Rückgabe durch 50 Jahre (Windscheid §. 419 Note 6). Für das heutige gem. R. stimmt die herrschende Auffassung mit der der citirten modernen Gesetzbücher überein, obwohl es nicht an Dissentienten fehlt.

17) Dies sind die sog. Hazard- (im Gegensatz zu den Commerz-) Spiele, welche durch Hfkzld. v. 16. Oct. 1840 Z. 32041 verboten sind. Vgl. auch Min.-Vdg. v. 27. Juni 1857 Nr. 123 R.-G.-B.

18) So sind durch Hofd. v. 2. Juli 1792 alle Geldspiele für das Gesinde und die Handwerksgesellen verboten.

19) Str.-G.-B. §. 522.

20) Stubenrauch III. S. 483, Mittermaier §. 298, sächs. G.-B. §. 1480; nicht entgegen §. 1174 b. G.-B., weil sich das Gezahlte nicht als Belohnung für das verbotene Spiel darstellt. A. A. Gerber §. 193, Walter §. 370 Nr. I.

21) Selbst wenn das Spiel verboten wäre und ein Spieler dem andern das Darlehen gegeben hätte. Freudenreich im Jurist XVII. S. 202 fg., Stubenrauch III. S. 483. Das Gegentheil lehren auf Grund einiger mißverstandener Quellenäußerungen Keller §. 229, Walter §. 370 Nr. I. u. A.; vgl. aber Windscheid §. 420 Note 7. Für das Gegentheil auch A. L.-R. I. 11, §. 581. Vgl. auch zwei einander widersprechende Entsch. in G.-Z. 1871 Nr. 27 [= Sammlung VIII. Nr. 3995, IX. Nr. 4021].

22) Winiwarter IV. S. 525.

24) Beim Promessengeschäft bedarf es einer solchen nicht; auch beim Ausspielgeschäft entscheidet sehr häufig eine fremde Ziehung.

24) Das Würfeln z. B. enthält bald ein Loos-, bald ein Spielgeschäft, je nachdem der Zweck nur eine Entscheidung oder (beim fortgesetzten Würfeln) die Unterhaltung ist.

25) Z. B. die Wahl des Obmanns eines Vereins ergab Stimmengleichheit.

u. dgl.; in diesen Fällen ist nicht das Wagen von Gewinn und Verlust Zweck des auf das Loos gerichteten Uebereinkommens; daher ist dasselbe, wie jeder andere erlaubte Vertrag giltig und klagbar und läßt sogar die Anfechtung wegen Verletzung über die Hälfte zu.[26]) Dient aber das Loos lediglich als Entscheidungsmittel einer Wette, oder eines von dessen Ausfall abhängig gemachten bestimmten Gewinnes oder Verlustes[27]), dann liegt ein wettartiges Loosgeschäft vor, und es gelten dafür die von Wetten und Spielen entwickelten Grundsätze (§. 1273).[28])

Besondere Arten des Loosgeschäftes sind:

a) Die Lotterie.[29]) Darunter versteht man ein Geschäft, bei welchem ein Unternehmer gegen einen gewissen Einsatz demjenigen, dessen Loos bei der vorzunehmenden Ziehung das siegende sein werde, einen bestimmten Geldgewinn zusichert. Lotterien zu unternehmen ist in Oesterreich ein regales Recht des Staates, daher Private solche nur mit besonderer staatlicher Bewilligung veranstalten können[30]), wo dann aber das Geschäft auch kraft der ihm zur Seite stehenden staatlichen Autorisation klagbare Verbindlichkeiten erzeugt.[31]) — Der Staatslotterien gibt es in Oesterreich zweierlei: Die Zahlenlotterie (das sog. kleine Lotto, Lotto di Genova) und die Prämienlotterie (die sog. Lottoanlehen)[32]); bei den letzteren bildet die Zinsenforderung (die ganze oder ein Theil derselben) von dem dem Staate gegebenen Anlehenscapital den Einsatz.[33]) Die Entscheidungsquelle für die rechtliche Behandlung sind hier aber nicht die allgemeinen Grundsätze von Spiel und Wette, sondern die jedes Mal kundgemachten Spielplane als lex specialis (§. 1274).

---

26) Offenbar dies will sagen §. 1273 i. f.: „so treten die Rechte der übrigen" (d. h. der nicht aleatorischen) „Verträge ein" — im Gegensatz zu A. L.-R. I. 11 §. 574, wo die Anfechtung wegen laesio enormis ausgeschlossen wird. Unsere Schriftsteller pflegen diesen Passus mißzuverstehen. — Wenn freilich die Parteien bei einem Streit sich auf das Loos vergleichen, dann ist, wie bei anderen Vergleichen, das erwähnte Rechtsmittel ausgeschlossen.

27) Dies bedeuten die Worte „auf ein Spiel abzielendes Loos", die freilich insofern einen Widerspruch enthalten, als das G.-B. mit gutem Grunde sonst zwischen Spiel und Loos unterscheidet. Daher ist es auch nicht zu billigen, daß viele gemeinrechtl. Schriftsteller die Lotterie und das Ausspielgeschäft als Unterarten des Spieles darstellen, da es doch hiebei sehr oft (wie z. B. bei der Uebereinkunft, daß die nächste staatliche Lottoziehung über den Gewinn bei einem Privatausspielgeschäfte entscheiden solle) einer Thätigkeit der Parteien gar nicht bedarf, während eine solche bei jedem Spiele wesentlich ist und auch von den fraglichen Schriftstellern gefordert wird.

28) Es entsteht also eine naturalis obligatio mit der Möglichkeit der soluti retentio u. s. w.

29) Vgl. Rechtslex. VI. S. 760—765, Gerber §. 193, Walter §. 373, Mittermaier §§. 299, 300.

30) Lottopatent v. 13. März 1813 §. 28 verbietet eigentlich Privatlotterien ganz; allein der Gesetzgeber kann auch von diesem Verbot dispensiren. [Vgl. jetzt Ges. v. 28. März 1889 R.-G.-Bl. Nr. 32.]

31) Ebenso sächs. G.-B. §. 1841. — Forderungen aus Staatslotterien sind ohne weiteres klagbar. Entsch. G.-Z. 1871 Nr. 25 [= Sammlung VII. Nr. 3624].

32) Auch „große Lotterie" genannt. Vgl. Lottopat. §. 28.

33) Gengler S. 750 Note 50. Aleatorisch ist dieses Geschäft also nur rücksichtlich der Zinsen; in der Hauptsache ist es ein gewöhnliches Darlehen.

b) Das Ausspielgeschäft.[34]) Es besteht darin, daß Jemand, um eine Sache zu veräußern, nach einem vorläufig bekannt gemachten Ziehungsplane Loose verkauft, mit der Bestimmung, daß die Sache demjenigen zufallen solle, dessen Loos bei der Ziehung das siegende sein werde.[35]) Auch dieses Geschäft ist als Beeinträchtigung des staatlichen Lottoregals, wenn es sich um bewegliche Sachen handelt, nur mit besonderer Bewilligung der Lottoverwaltung gestattet, in Betreff der unbeweglichen ist es ganz untersagt (Lottopatent §§. 27, 28), und es kann daher das diesfällige Recht nur durch besonderes, vom Gesetzgeber ertheiltes Privilegium entstehen. In diesem Falle erzeugt das Geschäft unzweifelhaft klagbare Verbindlichkeiten, bei beweglichen Sachen ist es, die behördliche Bewilligung vorausgesetzt, wie ein anderes erlaubtes Loosgeschäft zu behandeln.[36]) In allen Fällen ist der Ausspieler, wenn im Spielplane nichts Anderes bestimmt wurde, auch bei noch so geringem Absatz der Loose zur Vornahme der Ziehung verpflichtet und kann darauf geklagt werden.[37]) Hinsichtlich der Gefahr und Nutzungen der ausgespielten Sache gelten die allgemeinen Grundsätze.[38])

c) Das Promessengeschäft. Es besteht darin, das Jemand (der sog. Verheurer) einem Anderen gegen einen Einsatz den Gewinn verspricht, welcher auf ein in seinem[39]) (des Verheurers) Eigenthum befindliches Loos fallen werde.[40])

Zu den Wettgeschäften rechnete die östr. Doctrin und Praxis auch eine Reihe von Speculationsgeschäften mit Staatspapieren, Actien und

---

34) Vgl. Rechtslex. I. S. 472—474, Gerber §. 193, Walter §. 371, Winiwarter IV. S. 526, Stubenrauch III. S. 484, 485.

35) Gerber §. 193. Immerhin kann man das Geschäft einen bedingten Verkauf nennen; unrichtig aber ist es, wenn Gerber (u. Walter §. 371) darin einen Hoffnungskauf finden wollen; nicht sowohl darum, weil man hier nicht seine eigene Hoffnung verkauft (worin Holzschuher II. 2 S. 678, 679 das Kriterium des Hoffnungskaufes findet), als vielmehr wegen der verschiedenen Hauptabsicht. Darum ist auch das Promessengeschäft, obwohl Verkauf der eigenen Hoffnung, nicht Hoffnungskauf. Dagegen freilich Thöl Handelsr. I. §. 103, Stubenrauch S. 485 Note **.

36) Mit Unrecht hält Stubenrauch III. S. 484, 485 ohne diese Unterscheidung den §. 1273 pr. für anwendbar; nur meint er, daß bei Ausspielung von Realitäten die Eintragung des Ausspielungsvertrages (richtiger Planes) in die öffentlichen Bücher die Stelle der Hinterlegung vertreten könne (!). — Das sächs. G.-B. §. 1481 erklärt zwar alle Lotterien und Ausspielgeschäfte ohne behördliche Bewilligung für nichtig, räumt ihnen aber, wenn diese nicht fehlt, volle Klagbarkeit ein.

37) Gerber §. 193 a. E., Mittermaier §. 299 Nr. 2, Stubenrauch III. S. 484.

38) Also die §§. 1048—1051; bis zur Ziehung trägt daher die Gefahr immer der Ausspielende; ob auch später, hängt davon ab, ob die Traditionszeit bestimmt wurde und ob Mora unterlief. Vgl. Stubenrauch III. S. 484 gegen Winiwarter IV. S. 526.

39) Das Geschäft könnte an sich auch die Gewinnsthoffnung von einem in fremdem Eigenthum stehenden Loos betreffen. Doch s. die folgende Note.

40) Dieses Geschäft ist, wenn es sich auf ein inländisches Anlehensloos bezieht, der Verheurer die Gewinnsthoffnung aus einem ihm gehörigen Loose verkauft und über den Vertrag eine schriftliche Urkunde (Promessenschein) errichtet wird, giltig und klagbar, sonst verboten. Vgl. Hofd. v. 19. Aug. 1833, Ges. v. 7. Nov. 1862

anderen einem wechselnden Course unterliegenden Effecten, wo eben darum häufig nur der mit den Coursschwankungen verbundene Gewinn oder Verlust den Zweck des Geschäftes bildete. Dahin gehören die sog. Differenzgeschäfte[41]), das zweischneidige Prämiengeschäft, das Stellgeschäft[42]) u. a.[43]) [Seit dem Börsegesetz v. 1. April 1875 Nr. 67 R.-G.-B. §. 14 sind aber Börsegeschäfte als Handelsgeschäfte zu betrachten, und gehört ihre Darstellung daher wesentlich dem Handelsrechte an.] Auch sog. Wettassekuranzen sind — und diese noch derzeit — unklagbare Wettgeschäfte.

§. 394. Die Körperverletzung.[1])

Jede schuldbare Verletzung des Körpers eines Anderen ist ein Delict und hat zur Folge die Verbindlichkeit des Schuldtragenden zur Bestreitung der Heilungskosten des Verletzten, zum Ersatz des entgangenen und künftig entgehenden Verdienstes und überdies zur Bezahlung einer angemessenen Privatbuße für die erlittenen Schmerzen, des sog. Schmerzengeldes[2]) (§. 1325). Auf die Art der Verletzung kommt es nicht an[3]), auch nicht auf den Grad des Verschuldens, daher auch im Falle einer durch bloße Fahrlässigkeit herbeigeführten Erwerbsunfähigkeit der künftige Verdienstentgang ersetzt werden muß[4]), weil dadurch gewissermaßen das

Nr. 85 R.-G.-B. [Ges. v. 30. Juni 1878 R.-G.-B. Nr. 90]. Näheres im Handelsrecht.

41) Vgl. die Abhandlung über die Natur der Differenzgeschäfte in G.-Z. 1852 Nr. 65, Pisko G.-H. 1861 Nr. 48, Stubenrauch Comm. III. S. 479, 480, Privathandelsr. S. 199, 200, Thöl Handelsr. I. §. 102, Gerber §. 179, Walter §. 375. Das sächs. G.-B. §. 1482 stellt sie den Wetten und Spielen ganz gleich.

42) Vgl. Entsch. G.-Z. 1855 Nr. 63 u. 64, 1857 Nr. 52 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 1028, Sammlung I. Nr. 328].

43) Von den sog. einfachen Prämiengeschäften ist hier die Verabredung hervorzuheben, daß beiden Theilen die Wahl zwischen der Erfüllung und dem Rücktritte zustehen, daß aber der die Erfüllung Verlangende eine bestimmte Prämie entrichten solle. Walter §. 263, Thöl Verkehr mit Staatspapieren S. 37—39. — Windscheid §. 387 Note 6 a. E. erklärt das kaufmännische Prämiengeschäft für einen Probekauf, wobei „der Käufer für das ihm eingeräumte Wahlrecht eine Vergütung zu zahlen haben solle“.

1) Vgl. Luden Rechtslex. VI. S. 185 fg. — Im röm. R. wird dieses Delict und die Sachbeschädigung unter dem gemeinsamen Namen „Beschädigung“ noch von modernen Juristen zusammengefaßt, weil die lex Aquilia von beiden handelte, freilich in ersterer Richtung nur von der Verletzung des Körpers eines Sklaven, daher wegen Körperverletzung eines Freien nur eine utilis a. leg. Aquil. gegeben wurde (Vangerow III. §. 681, Windscheid §. 455 Note 19). Auch das sächs. G.-B. §§. 1483 bis 1496 stellt Sachbeschädigung und Körperverletzung unter den einen Begriff der „widerrechtlichen Schadenszufügung“. Diese Vereinigung hat aber einen rein historischen Grund und nur einen solchen, und empfiehlt sich daher nicht vom Standpunkte eines modernen Systems.

2) So auch das röm. R., nur kennt dieses das Schmerzengeld nicht, welches deutschrechtlichen Ursprunges ist. Vgl. Arndts §. 324 bes. Anm. 5, Gerber §. 165, Peinl. G.-O. Art. 20.

3) Insbesondere kommt es nicht darauf an, daß die Verletzung eine strafbare sei. Auch liegt eine Körperverletzung in dem hier fraglichen Sinne vor bei einer Verunstaltung, die nicht mit Schmerzen verbunden ist (§. 1326), bei einer Mißhandlung durch Schläge u. dgl.

4) Winiwarter IV. S. 585, Kirchstetter S. 578, Randa G.-Z. 1869 Nr. 51, 1870 Nr. 7.

in der eigenen Arbeitskraft liegende Capital vermindert erscheint[5]); endlich kommt es auch darauf nicht an, daß die Verletzung gänzliche Erwerbsunfähigkeit[6]) herbeigeführt habe. — Der richterlich zu bestimmende Alimentationsbetrag ist nach §. 1418 monatlich vorhinein zu entrichten.[7]) Das dem deutschen Recht entstammende Schmerzengeld, der einzige im östr. Recht vorkommende Fall einer Privatstrafe[8]), gebührt für die erlittenen Schmerzen; es setzt weder eine Verletzung der körperlichen Integrität, noch eine ärztliche Behandlung der Verletzung voraus[9]), und ist, weil die Schmerzen eine Schätzung in Geld nicht zulassen, vom Richter nach Maßgabe „der erhobenen Umstände" (§. 1325) nach Billigkeit zu bestimmen.[10]) Der Anspruch auf Schmerzengeld ist ein höchst persönlicher; die Erben des Verletzten können ihn daher nur geltend machen, wenn er schon vom Verstorbenen gerichtlich, sei es auch nur im Wege des Adhäsionsprocesses erhoben[11]), oder doch wenigstens der Beschädiger in Verzug gesetzt worden war.[12])

Wurde der Beschädigte durch die Körperverletzung auch verunstaltet, so ist dafür, weil auch eine Verunstaltung eine Schätzung nicht zuläßt[13]), eine besondere Vergütung nur insoferne zu leisten, als dadurch ein besseres Fortkommen gehindert wird. Das weibliche Geschlecht kommt hier insofern in Betracht, als bei demselben durch eine Verunstaltung eine Versorgung besonders leicht vereitelt werden kann (§. 1326).[14])

Erfolgt aus der Verletzung der Tod, so sind nicht nur die dadurch verursachten Kosten, insbesondere auch die Begräbnißkosten[15]) zu vergüten,

---

5) Insofern kann man sagen, es sei das gegenwärtige Vermögen vermindert.

6) Entsch. G.-Z. 1856 Nr. 11 [= Sammlung I. Nr. 84.]

7) Winiwarter a. a. O.

8) Unger I. S. 572 Note 15.

9) Anders nach gem. deutschen Privatrecht (Gengler S. 774 fg.); vgl. auch A. L.-R. I. 6 §§. 112—114, sächs. Crim. G.-B. 1838 Art. 140 fg. Die östr. Praxis schwankt; während Entsch. G.-H. 1869 Nr. 1 [= Schimkowsky I. Nr. 210] für den Biß eines Hundes Schmerzengeld zuspricht, obwohl von Curkosten keine Rede war, billigt Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 50 [= Sammlung VI. Nr. 2935] dasselbe nur unter der doppelten Voraussetzung zu, daß eine Verletzung am Körper erfolgt sei und Kosten aus Anlaß der Heilung aufgelaufen seien, nicht auch wegen einer blos als Ehrenbeleidigung (§. 496 St.-G.-B.) qualificirten Mißhandlung.

10) Darum ist auch der Schätzungseid nicht zulässig. Kirchstetter S. 579, Randa G.-Z. 1869 Nr. 52 Note 18, Entsch. G.-Z. 1854 Nr. 84, G.-H. 1869 Nr. 1 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 1070, Schimkowsky I. Nr. 210].

11) Unger I. S. 572 Note 15, II. S. 535 Note 10, Kirchstetter S. 579; vgl. Entsch. II. Instanz G.-Z. 1854 Nr. 61 [= Peitler Nr. 1071].

12) Denn er darf aus seiner Mora keinen Vortheil ziehen.

13) L. 7 D. de his qui effud. 9. 3: Cicatricum autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem.

14) Nach A. L.-R. I. 6 §. 123 fg. ist die Vergütung hier insofern eine andere, als der an der Verunstaltung Schuldtragende die Frauensperson wegen wahrscheinlich vereitelter Verehelichung anständig ausstatten muß. — Unrichtig behauptet Kirchstetter S. 579, daß das A. L.-R. Verunstaltungen von Personen männlichen Geschlechts nicht berücksichtige; s. A. L.-R. I. 6. §. 128.

15) Stubenrauch III. S. 552, Entsch. in Petruska's Zeitschr. I. Nr. 38 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 1074]; dagegen Winiwarter IV. S. 587, weil der Verletzte auch ohnedies irgend ein-

sondern (übereinstimmend mit der heutigen gemeinrechtlichen Praxis)[16]) auch der hinterbliebenen Witwe und den Kindern Alles zu ersetzen, was ihnen durch den Tod des Verletzten entgangen ist (§. 1327). Sicherlich haben aber nicht nur die genannten Personen, sondern überhaupt Alle, die durch die Tödtung eine Einbuße an dem bisher gehabten oder künftighin nach dem gewöhnlichen Gange der Dinge mit Wahrscheinlichkeit zu erwartenden Einkommen (§. 1293) erlitten haben[17]), einen Anspruch auf Ersatz[18]), und es ist ihnen derselbe entweder mittelst eines richterlich festzusetzenden Capitals oder einer Rente, deren Dauer gleichfalls der Richter nach Billigkeit zu bestimmen hat[19]), zu leisten. Auch diesfalls kommt es auf den Grad des Verschuldens nicht an.[20])

Subject der Ersatzpflicht ist in der Regel nur die schuldtragende Person; für körperliche Verletzungen und Tödtungen aber, welche durch eine Ereignung im Verkehr einer mit Dampfkraft getriebenen Eisenbahn herbeigeführt werden, haftet die Eisenbahnunternehmung, wenn sie nicht beweist, daß die Ereignung weder durch ihr eigenes, noch durch das Verschulden derjenigen Personen eingetreten ist, deren sie sich zur Ausübung des Betriebs bedient. Das Verschulden dieser Personen hat die Unternehmung ebenso wie ihr eigenes Verschulden durch Leistung des Ersatzes nach Maßgabe der §§. 1325—1327 b. G.-B. zu vertreten (Ges. v. 5. März 1869 Nr. 27 R.-G.-B.).[21])[22])

---

mal hätte sterben müssen, und dann die Leichenkosten aus seinem Nachlasse hätten gedeckt werden müssen.

16) Arndts §. 324 A. 5, Vangerow §. 681, Windscheid §. 455 Note 19, die beiden letzten mit der Bemerkung, daß diese Praxis (die übrigens die Haftung nur zu Gunsten der Witwe und der Kinder eintreten läßt) sich theoretisch nicht rechtfertigen lasse.

17) Vgl. L. Schuster in Haimerl's Mag. XI. S. 261, der mit Recht bemerkt, daß ein Bettler, dem der Verstorbene ein Almosen zu geben pflegte, keinen Entschädigungsanspruch erheben kann.

18) Entsch. in Petruska's Zeitschr. a. a. O. (Note 15), Kirchstetter S. 579, Winiwarter IV. S. 587, Stubenrauch III. S. 552 fg. Diese Ausdehnung läßt sich trotz des einschränkenden Wortlautes der §§. 1327, 1329 damit rechtfertigen, daß nach östr. R. jeder Schaden, der ohne das schuldbare Benehmen nicht erfolgt wäre, zu ersetzen ist (arg. §. 1311 b. G.-B.).

19) „Nach der muthmaßlichen Lebensdauer": Kirchstetter S. 579, Stubenrauch S. 553; doch wird dies nicht immer passen. Gewiß aber verstieße die Heranziehung des §. 24 b. G.-B. (Winiwarter S. 587) gegen einleuchtende juristische Grundsätze. Vgl. Entsch. G.-H. 1868 Nr. 85 [fehlt in den Samml.], wo der wegen Meuchelmordes Verurtheilte schuldig erkannt wurde, für die unmündige Tochter des Ermordeten bis zu ihrem vollendeten 15. Lebensjahre zu Händen ihres Vormundes einen Alimentationsbetrag von täglich 10 kr. zu bezahlen.

20) Stubenrauch III. S. 551, 553 Note *, Kirchstetter S. 578.

21) Die rechtliche Behandlung dieser Frage in Oesterreich ist in verschiedenen Zeiten eine sehr abweichende gewesen. Ursprünglich galt (vgl. J. N. in der Ztschr. f. R. u. St. 1847 II. S. 492 fg.) der Grundsatz, daß die Eisenbahnunternehmung nur ihr eigenes Verschulden d. h. das ihrer Direction, nicht auch das Verschulden ihrer Beamten und Diener zu vertreten habe; konnte daher ein solches Verschulden nicht nachgewiesen werden, dann galt die Verletzung als eine zufällige. In Folge der kais. Vdg. v. 16. Nov. 1851 Nr. 19, wonach die Betriebsunternehmungen für die durch eigenes oder durch Verschulden ihrer Beamten und Diener an Personen und Sachen zugefügten

§. 397. Die Verführung einer Weibsperson.[1])

Die Entehrung einer Weibsperson wird im östr. Recht, abgesehen von den im St.-G.-B. erwähnten Fällen[2]), nur dann als Delict behandelt, wenn dem Manne eine Verführung zur Last fällt und hiebei eine Schwängerung erfolgt ist[3])[4]); Verführung ist aber nicht blos dann anzunehmen, wenn die Frauensperson durch besondere arglistige Versprechungen (insbesondere durch Eheversprechen), sondern auch, wenn sie sonstwie arglistiger Weise zur Gestattung des Beischlafs vermocht wurde.[5]) Unrichtig aber ist die Lehre[6]), daß Verführung im Zweifel vermuthet werde, vielmehr gehört der Beweis der Verführung zur Substantiirung der Klage. Ausgeschlossen aber wird der Begriff der Verführung durch das Sichversprechenlassen einer Gegenleistung (eines Entgelts)[7]), während er dadurch noch keineswegs ausgeschlossen ist, daß die Verführte bereits früher von einem Anderen geschwängert worden war.[8])

Aus diesem Delict entsteht[9]) die Verbindlichkeit des Delinquenten zur Bestreitung der Entbindungs- und Wochenbettkosten (§. 1328), wohin auch die Unterhaltskosten während des Wochenbettes und nach Umständen

---

Beschädigungen nach den Bestimmungen des b. G.-B. über Schadenersatz haftbar erklärt wurden, wurde die Ansicht herrschend, daß diese Haftung eine unbedingte, d. h. auch außer den Fällen der §§. 1314—1316 geltende sei (Stubenrauch III. S. 358 Note *, Randa G.-Z. 1869 Nr. 50). Doch blieb es bei der Regel, daß das Verschulden der Unternehmung oder ihrer Bediensteten nachgewiesen werden müsse. Erst das im Text cit. Gesetz hat diese Beweisregel aufgegeben. Vgl. Randa, G.-Z. 1869 Nr. 48—54 (auch im S.-A. erschienen), G. Lehmann Körperverletzungen und Tödtungen auf deutschen Eisenbahnen (1869), Seuffert Archiv VIII. 53, X. 165, XIII. 140, XIV. 208, XV. 26. —

22) Und zwar ist der Verletzte nunmehr soweit begünstigt, daß sich die Bahnverwaltung von der Ersatzpflicht nur durch den Nachweis einer vis major, nicht schon durch den eines einfachen Casus befreien kann. Randa G.-Z. 1869 Nr. 52.

1) Vgl. Bopp, Rechtslex. I. S. 835 bis 851, Gengler S. 771 fg.

2) Ueber den erst im 19. Jahrh. eingeschlagenen milderen Gang der Gesetzgebung gegenüber den früheren allgemeinen Fornicationsstrafen vgl. Bopp, S. 839 fg.

3) Verführung ohne Schwängerung, Schwängerung ohne Verführung geben keinen Anspruch auf Schadenersatz. Vgl. Stubenrauch III. S. 554.

4) Im Uebrigen greift einerseits durch der Grundsatz volenti non fit injuria, andererseits die Erwägung, daß die verlorene Geschlechtsehre eine Schätzung nicht zuläßt.

5) Dagegen Winiwarter IV. S. 588; Entsch. G.-Z. 1857 Nr. 116 [Sehr gekürzt in Sammlung I. Nr. 371], wo eine Verführung in einem Falle negirt wird, in welchem der Geschäftsleiter einer Handlung nach Abschließung der Thüre des Gewölbes ein dahin gekommenes Mädchen verleitet hatte, ihm in ein Hinterzimmer zu folgen, woselbst er sie mißbrauchte. Aber vgl. Entsch. G.-Z. 1870 Nr. 78 [= Sammlung VIII. Nr. 3697], und Nippel VIII. S. 196, Stubenrauch S. 554, Kirchstetter S. 579, welche betonen, daß in jedem einzelnen Falle aus den Umständen zu beurtheilen ist, ob eine Verführung stattgefunden habe.

6) Scheidlein's Miscellen IV, S. 162.

7) Entsch. G.-H. 1865 Nr. 92 [= Sammlung IV. Nr. 1836], sächs. G.-B. §. 1552; in solchem Falle liegt ein völlig freiwilliges Sich-Hingeben vor.

8) Kirchstetter S. 579 Note 2 (mit Berufung auf ein oberstgerichtl. Präjudicat); sächs. G.-B. Nr. 1552.

9) Abgesehen von der dem Familienrecht angehörigen Verpflichtung zur Erfüllung der Vaterpflichten.

einige Zeit vor demselben, sowie die allfälligen Krankheitskosten zu rechnen sind.[10]) Sehr bestritten aber ist die Frage, ob der Verführten auch noch eine anderweitige Entschädigung gebühre.[11]) Sehr gewichtige Gründe sprechen dafür, derselben allerdings auch den Ersatz des entgangenen und künftig entgehenden Verdienstes zuzuerkennen[12]); das G.-B. reiht nämlich die Verführung unter die Körperverletzungen und darum ist anzunehmen, daß im §. 1328 die Wochenbett- und Entbindungskosten nur als ein besonderes, die allgemeine Ersatzleistung des §. 1325 nicht ausschließendes Entschädigungsobject hervorgehoben sind; ferner ist die Verführung zugleich eine Ehrenkränkung, und daher hinsichtlich ihrer Wirkung zugleich nach §. 1330 zu beurtheilen; sodann spricht §. 506 St.-G.-B. der unter der nicht zugehaltenen Zusage der Ehe Entehrten ausdrücklich das Recht auf volle Schadloshaltung zu[13]); endlich aber muß, wo nicht ausdrücklich das Gegentheil angeordnet ist, an dem allgemeinen Satze festgehalten werden, daß jeder durch ein Delict verursachte Schaden zu ersetzen ist. Dagegen hat die Verführte wegen verlorener Ehre keinen Ersatz anzusprechen[14]), und es gebührt ihr auch kein Schmerzengeld.[15]) Hinwider trifft den Verführer, wenn sich seine Handlung als ein Verbrechen oder eine Uebertretung darstellt[16]), die im allg. Strafgesetze ausgemessene Strafe (§. 1328).

---

10) Winiwarter IV. S. 588, Scheidlein a. a. O. S. 163, Kirchstetter S. 579.

11) Die herrschende Meinung verweigert jede weitere Entschädigung, weil die Verführte vom Verschulden nicht ganz frei sei; so schon Zeiller III. S. 763, Winiwarter a. a. O., Ellinger ad §. 1328, Entsch. G.-H. 1867 Nr. 73, 1869 Nr. 12 [= Sammlung VI. Nr. 2716, 3199], vgl. auch Sammlung II. Nr. 652, 680, 846. Doch will Nippel VIII. S. 197 eine weitere Entschädigung dann zubilligen, wenn die Verführung nach dem allg. St.-G.-B. (Entsch. G.-H. 1866 Nr. 90 [Sammlung V. Nr. 2471] nur dann, wenn sie nach §. 506 St.-G.-B.) strafbar ist. Für eine weitere beschränkte Entschädigung Scheidlein a. a. O. S. 163, Stubenrauch S. 554, Kirchstetter S. 579; für unbeschränkte Entschädigung Sammlung I. Nr. 25, im Princip auch Nr. 56.

12) Das canon. R. (c. 1 X de adult. et stupro 5. 16) verpflichtet denjenigen, der eine Frauensperson entehrt hat (unabhängig von einer Schwängerung), sie zu ehelichen, oder wenn dies nicht möglich wäre, zu dotiren (Bopp S. 842, Gengler Lehrb. S. 771 f.). Die Praxis machte daraus eine alternative Verpflichtung (aut duc, aut dota), und fügte für den Fall der Schwängerung noch die Verpflichtung zur Bezahlung der Wochenbett- und Entbindungskosten hinzu (Bopp S. 843, Gengler a. a. O.). Die meisten deutschen Gesetzgebungen haben ähnliche, zum Theil verschärfte Bestimmungen (Bopp S. 844—847, dazu das sächs. G.-B. §. 1551). Nach röm. R., dem Cod. civ. Art. 340 und dem hess. Ges. v. 30. Mai 1821 hat die Geschwächte keinen Anspruch gegen den Verführer (Bopp S. 842, 847 f.).

13) Darauf beruft sich auch Entsch. G.-H. 1866 Nr. 90 (Note 11). Frühwald Hdb. d. Strafg. 1. Aufl. S. 315 f. bezieht diese Bestimmung nur auf die Entschädigungsansprüche der §§. 46 u. 1328 b. G.-B., was aber bei der allgemeinen Fassung des §. 506 St.-G.-B. doch wohl unzulässig ist.

14) Winiwarter S. 588, Stubenrauch S. 554, Sammlung I Nr. 56, Entsch. G.-Z. 1859 Nr. 60, G.-H. 1866 Nr. 90, 1867 Nr. 73, 1869 Nr. 12 [= Sammlung II. Nr. 680; die übrigen Fälle in Note 11]. Auch keinen Ersatz wegen verminderter Aussicht, sich zu verehelichen: Jud.-B. Nr. 32 G.-Z. 1872 Nr. 75 [= Manz'sche Sammlung I. S. 31].

15) Entsch. G.-Z. 1866 Nr. 90 (Note 11.)

16) St.-G.-B. §. 132, 504, 506.

§. 398. Betrug und Arglist.

Betrug ist vorhanden, wenn Jemand einen Anderen absichtlich in Irrthum führt, oder den bereits vorhandenen Irrthum oder die Unwissenheit desselben wissentlich benutzt[1]), um ihm oder einem Dritten Schaden zuzufügen.[2]) In dem letzteren Falle[3]) spricht man insbesondere von Arglist; doch wird dieser Ausdruck häufig in einem weiteren Sinne, gleichbedeutend mit jeder böslichen Schädigung eines Anderen gebraucht[4]), entspricht aber wenigstens für das östr. Recht in diesem Sinne keinem juristischen Begriffe. Der Betrug ist, wenn er auch nicht die zur strafrechtlichen Behandlung erforderliche Gradation erreicht, ein Delict, nicht nur, weil er a priori dem absoluten Verbot widerspricht, die Freiheit fremden Willens durch falsche Motive zu beirren, sondern auch, weil aus einer großen Anzahl von Einzelbestimmungen des b. G.-B.[5]) der allgemeine Satz unschwer erschlossen werden kann, daß jede absichtliche Irreführung oder Benutzung schon vorhandenen Irrthums dem objectiven Rechte entgegen ist und verantwortlich macht.

Aus dem Betrug entspringt für den Thäter und seine Theilnehmer die Verbindlichkeit zur Wiederherstellung des vorigen Standes, und insoweit dies nicht möglich ist, zum Ersatze des ganzen daraus hervorgegangenen positiven und negativen Schadens (§. 1323)[6]) — in allen Fällen auch des letzteren, da ein Betrug ohne böse Absicht nicht denkbar ist. Wurde also durch den Betrug dem Beschädigten ein bestimmtes Vermögensstück entzogen[7]), so muß ihm der außerordentliche Werth des besonderen Interesse ersetzt, bei strafbarer, muthwilliger, oder auf Schadenfreude beruhender Handlungsweise sogar der Affectionswerth vergütet werden (§. 1331). Damit steht in voller Uebereinstimmung der Rechtssatz, daß wer einen Vertrag durch List bewirkt hat, für die nachtheiligen Folgen Genugthuung leisten (§. 874), und der andere, daß wer den Erb-

1) Hieher gehört auch die Fundverheimlichung.

2) Richtiger vielleicht: „woraus er oder ein Dritter Schaden leiden könnte." Wenn ein Lottocollecteur geflissentlich Jemanden fälschlicherweise benachrichtigt, sein Loos habe gewonnen, und dieser nun in Folge dessen einen unerwarteten Credit genießt, so ist Jener verantwortlich, auch wenn er diesen Erfolg nicht beabsichtigt hat.

3) Nämlich wenn ein Dritter Schaden leiden soll; z. B. Jemand macht eine Schiffahrtcompagnie, die im Begriffe war, von einem Schiffbauer ein bestimmtes Schiff zu kaufen, durch Verbreitung falscher Nachrichten über die Unbrauchbarkeit desselben vom Kaufe abwendig.

4) In diesem Sinne wird der Ausdruck von den Romanisten genommen, um für gewisse, in den Quellen nicht speciell vorgesehene Fälle, die gleichwohl einen hohen Grad von Bosheit enthalten, nach dem Gutbefinden des Richters die actio doli zu gewähren. Vgl. Arndts §. 334 und besonders die treffende Charakteristik bei Keller §. 369.

5) §. 248, 542, 866, 869, 874, 878, 930, 932, 945, 1300, 1396, 1443, 1500 u. a. Ein Paragraph, der den Satz im Texte ex professo in voller Allgemeinheit ausspräche, steht freilich im b. G.-B. nicht.

6) Dies der Gegenstand der actio de dolo.

7) Z. B. im Falle der Fundverheimlichung.

lasser zur Erklärung des letzten Willens betrüglicher Weise verleitet hat, allen einem Dritten dadurch zugefügten Schaden zu ersetzen hat (§. 542).

Der Irrthum, in welchem der Beschädigte sich befindet, muß jedoch ein entschuldbarer sein; dahin gehört aber regelmäßig nicht der Irrthum über die Handlungsfähigkeit eines Anderen; diese ist nämlich entweder durch das Gesetz normirt, mit dessen Unkenntniß sich Niemand entschuldigen kann, oder es beruht ihre Beschränkung auf behördlichen Edicten (§§. 172, 251, 273 b. G.-B., §§. 2, 67 fg. C.-O.), rücksichtlich welcher das Gleiche gilt.[8]) Wenn sich daher Jemand mit einem Handlungsunfähigen in einen wegen dieser Unfähigkeit nichtigen Vertrag einläßt, so kann er, auch wenn der Unfähige den Irrthum bemerkt und doloserweise dazu schweigt, Ersatz nicht ansprechen.[9]) Eine Ausnahme macht jedoch der Fall, wenn der Handlungsunfähige absichtlich durch das Vorgeben, daß er Verträge zu schließen fähig sei, einen Anderen, der hierüber nicht erst Erkundigung einholen konnte, in Irrthum führt; in diesem Falle wird er zwar nicht aus dem Vertrage (nicht aus dem Darlehensempfang u. s. w.), wohl aber aus dem Titel des Betrugs verpflichtet zur Leistung des vollen Interesse (§. 866). Doch wird bei einem Minderjährigen die Möglichkeit einer solchen Täuschung erst nach dem zurückgelegten 20. Lebensjahre angenommen (§. 248).[10]) Konnte aber in diesen Fällen der Getäuschte über die Wahrheit des Vorgebens noch leicht Erkundigung einholen[11]), dann bleibt es bei der zum Schutze der Pflegebefohlenen geltenden Regel, daß sie aus Anlaß der von ihnen eingegangenen Geschäfte nicht einmal aus dem Titel des Delicts sollen belangt werden können.[12])

Das Gesagte führt nun weiter zu der Frage, in wie ferne Jemand für den einem Anderen gegebenen nachtheiligen Rath verantwortlich gemacht werden kann.[13]) Die Antwort auf diese Frage hängt ab von der

---

8) L. 19. D. de R. J. 50. 17: Qui cum alio contrahit, vel est vel debet esse non ignarus conditionis ejus.

9) Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 102, 1870 Nr. 26 [= Sammlung VII. Nr. 3535, VIII. Nr. 3713]. Kirchstetter S. 395 drückt sich nicht richtig aus, wenn er allgemein sagt, es werde ersatzpflichtig, wer seine Handlungsunfähigkeit dolos verschweigt. Die §§. 248, 866 fordern ausdrücklich das „Vorgeben" der Handlungsfähigkeit. In der That würde auch der Zweck z. B. der Prodigalitätserklärung größtentheils vereitelt, wenn schon das bloße Verschweigen seiner Handlungsunfähigkeit hinreichend wäre, den Verschwender unter dem Gesichtspunkt eines Delictes haftbar zu machen.

10) Stubenrauch III. S. 21, Kirchstetter S. 395 Note 4.

11) Was in diesem Falle Rechtens ist, ist im G.-B. wohl nicht ausdrücklich gesagt, es läßt sich aber (arg. a contr. §§. 248, 866) mit voller Sicherheit erkennen. Stubenrauch a. a. O. zieht daher ganz richtig den Schluß, daß wenn der Compaciscent noch leicht Erkundigung über die Fähigkeit seines Contrahenten einziehen konnte, er es „seinem eigenen Verschulden zuzuschreiben hat, wenn er irregeleitet wurde."

12) Entscheid. G.-Z. 1870 Nr. 26 (= Sammlung VIII. Nr. 3713]. Mit Recht bemerkt Stubenrauch S. 20, der §. 866 habe „den Zweck, Minderjährige und Pflegebefohlene vor dem Schaden zu bewahren, den sie sich durch Unbesonnenheit oder Unerfahrenheit zuziehen könnten."

13) Vgl. Vangerow III. §. 659 S. 507—511. Er, wie viele andere Ro-

Lösung der Vorfrage, ob auch die blos culpose Irreführung als ein Delict anzusehen sei. Man hat die letztere Frage nicht selten bejahend beantwortet[14]; allein da das Gesetz keinen Anhaltspunkt[15] für diese bejahende Antwort enthält, vielmehr bei der Normirung der Rechtswirkungen des Irrthums auf die Giltigkeit der Verträge nur die absichtliche Irreführung der Verantwortung unterwirft (§§. 874, 875), überdies auch eine Haftung für unabsichtliche Irreführung darum nicht zu rechtfertigen wäre, weil es Sache des Irregeführten ist, die Richtigkeit der ihm gemachten Angaben zu prüfen, — so ist die richtige Entscheidung wohl die, daß nur die dolose, nicht auch die culpose Irreführung als Delict zu behandeln ist. Da nun ein schädlicher Rath gleichfalls eine Irreführung ist, so wird der Rathgeber, wenn er ihn doloser Weise ertheilt, aus dem Titel des Betrugs verantwortlich[16], haftet aber für den nur culpos ertheilten schädlichen Rath der Regel nach nicht[17]; wohl aber wird er auch für einen solchen verantwortlich, wenn er aus dem Grunde eines bestehenden obligatorischen Verhältnisses zu einer besonderen Diligenz

---

manisten z. B. Windscheid §. 412, Keller §. 313 behandelt die Frage in der Lehre vom Mandat.

14) Insbesondere bei der Erörterung der Frage, ob der Contrahent, welcher an dem wesentlichen Irrthum des Anderen und somit eventuell an der Nichtigkeit des Vertrages die Schuld trägt, ohne daß ihm doch Dolus zur Last fiele, ersatzpflichtig sei. Diese Frage bejaht Schweppe röm. Pr.-R., III. §. 418, Richelmann Irrthum S. 129 und namentlich Jhering dogm. Jahrb. IV. S. 1—12; dagegen wird sie verneint von Savigny III. S. 295 Note d, Wächter Würtemb. Priv.-R. II. S. 479 u. v. A. —

15) Man könnte versucht sein, einen solchen im §. 878 zu finden, wo Derjenige, der einen Anderen „aus schuldbarer Unwissenheit verkürzt", für den Schaden verantwortlich gemacht wird. Allein einerseits ist Verkürzung durch Unwissenheit verschieden von der Irreführung, andererseits aber behandelt dieser Paragraph (arg. verb.: „aus dessen Schaden einen Nutzen zieht") unter Einem die von der Delictsklage ganz verschiedenen Bereicherungsklagen.

16) L. 45 pr. D. de R. J.: Consilii non fraudulenti nulla obligatio est; ceterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit. Vgl. L. 7 §. 10, L. 8 D. de dolo malo 4. 3. Vangerow S. 508.

17) L. 2 §. 6. D. 17. 1: Consilium... non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabatur, quia liberum est cuique, apud se explorare, an expediat sibi consilium. Fast wörtlich ebenso §. 6. J. 3, 26 (27), wo es dann weiter heißt: Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres, vel eam crederes, quamvis non expediat tibi, eam emisse vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. Vangerow S. 510, Windscheid §. 412 Note 21 gegen Hepp im civ. Archiv XI. 3, Sintenis II. S. 566 fg., Heimbach Rechtslex. IX. S. 453, Haimberger §. 539, welche überall die Haftung eintreten lassen wollen, wo die Handlung ohne den schlechten Rath gar nicht vorgenommen worden wäre. Allein dies ist (L. 6. §. 5. D. 17. 1) richtig nur für das mandatum tua gratia, von welchem sich das consilium dadurch unterscheidet, daß bei diesem das Geschäft nur für den Berathenen ein Interesse hat. Keller §. 313 S. 589, Heimbach Rechtslex. VII. S. 14. — Kirchstetter S. 570 hat daher Unrecht, wenn er den §. 1300 darum tadelt, weil er weiter gehe als das röm. R., und ihn als eine Ausnahme von §. 1295 betrachtet; der letztere Paragraph handelt ja nur von dem Verschulden, dieses aber bildet nicht das einzige Erforderniß eines Delicts. Vgl. noch sächs. G.-B. §. 1504.

gegenüber dem Berathenen verpflichtet ist, wie dies insbesondere dann der Fall ist, wenn ein Sachverständiger gegen Bezahlung in Angelegenheit seiner Kunst oder Wissenschaft einen Rath ertheilt (§. 1300).[18]) Ebenso wird aber auch derjenige behandelt, der, ohne Sachverständiger zu sein, in Angelegenheiten, bei denen besondere Kunstkenntnisse erforderlich sind, gegen Entgelt einen nachtheiligen Rath ertheilt (§. 1299). Außerdem kann auch die in der Amtsstellung einer Person[19]) liegende gesetzliche Verpflichtung, einen guten Rath zu ertheilen, den Betreffenden zu besonderer Diligenz verbinden[20]), sowie es sich endlich auch von selbst versteht, daß derjenige für seinen Rath haften muß, der für denselben einstehen zu wollen ausdrücklich erklärt hat[21]) (sog. Garantievertrag).[22])

§. 401. Geschäftsführung ohne Noth.

Nach östr. Recht gilt es als Regel, daß Niemand berechtigt ist, sich eigenmächtig, d. i. ohne Zustimmung des Betheiligten und ohne dessen (gerichtlicher oder gesetzlicher) Repräsentant zu sein, in das Geschäft eines Anderen zu mengen, so sehr, daß derjenige, der dieser Bestimmung entgegenhandelt, für alle Folgen verantwortlich ist (§. 1035).[1]) Von dieser Regel macht das Gesetz nur bezüglich der nothwendigen Geschäftsführung eine Ausnahme (§§. 1036, 1042, arg. a contr. aus §. 1311), während es bezüglich der nützlichen bei dem Grundsatze bleibt, daß derjenige, der sie vornehmen will, sich um die Einwilligung des Geschäftsherrn zu bewerben habe (§. 1037).[2]) Danach ist offenbar auch die Geschäftsführung ohne Noth als ein Delict anzusehen.[3]) Dem steht auch nicht entgegen, daß der Negotiorum Gestor durch nützliche Geschäftsfüh-

---

18) Vangerow S. 509 will auch den nicht bezahlten Sachverständigen für seinen Rath haften lassen, weil dies aus allgemeinen Principien folge.

19) Z. B. eines Arztes, daher auch eines Armenarztes; §. 356—358 St.-G.-B.; s. auch die folgende Note.

20) Vgl. Arndts §. 291 Note 2. Mit Recht lassen unsere Schriftsteller auch den Armenarzt für einen culposen nachtheiligen Rath haften. Wenn sich aber Zeiller III. S. 720, Ellinger ad §. 1300, Nippel VIII. S. 105, Kirchstetter S. 570 hiefür auf §. 1299 berufen, so übersehen sie, daß dieser Paragraph eine ganz andere, nämlich die Frage behandelt, inwieferne eine Haftung auch für eine nur einem Sachverständigen mögliche Diligenz einzutreten habe, daher er mit der vorliegenden Frage nichts zu thun hat.

21) Vangerow S. 509 (gegen Thibaut), Windscheid §. 412 a. E.

22) Windscheid a. a. O. Eine Species dieses Vertrages ist der sog. Creditauftrag (mand. qualificatum). Von dem Gesichtspunkte des Rathes sind auch die sog. kaufmännischen Empfehlungen zu beurtheilen; der Empfehlende haftet dafür nur, wenn er die Garantie ausdrücklich zugesichert hat. Zeiller ad §. 1300 Nr. 3, Ellinger ad §. 1300.

1) Entnommen dem A. L.-R. I. 13 §§. 228, 229. Vgl. Leist Das erlaubte ungerufene Eingreifen S. 192.

2) Gleichfalls entnommen dem A. L.-R. a. a. O. §. 238.

3) Mit Unrecht behauptet Leist S. 192, daß §. 1035 nur auf die voluptare Geschäftsführung zu beschränken sei, und bezüglich der nützlichen damit nur gesagt sei, daß der Geschäftsführer den Zufall insoweit zu tragen habe, als er den Ersatz für einen durch Zufall vereitelten Nutzen nicht verlangen könne. Allerdings ist es so nach röm. und preuß. Recht; für das östr. ist aber entscheidend §. 1311.

rung auch seinerseits eine Forderung gegen den Geschäftsherrn erlangen kann (§. 1037); wo nämlich durch die eigenmächtige Handlungsweise kein Schaden angerichtet, vielmehr ein Nutzen geschaffen ist, da ist die Eigenmächtigkeit noch kein ausreichender Grund, dem Gestor jenen Ersatzanspruch abzusprechen, der ihm daraus erwachsen ist, daß ein fremdes Vermögen auf Kosten des seinigen vermehrt ist.[4])

Von den Wirkungen der Geschäftsführung ohne Noth ist hier nur soweit zu handeln, als sie aus ihrer Delictsnatur entspringen[5]); in dieser Beziehung ist zu unterscheiden zwischen *nützlicher* und voluptarer Geschäftsführung. Da die erstere schon ihrer Natur nach Nutzen (nicht aber Schaden) schafft, so kann sich ihre Delictsnatur nur geltend machen und zur Erscheinung bringen, wenn in Folge der Geschäftsführung ein beschädigender Zufall möglich wurde, der ohne sie nicht hätte eintreten können. Wenn z. B. Jemand in Abwesenheit des Eigenthümers dessen reife Feldfrucht eingebracht hat, diese aber durch eine hierauf ausgebrochene Feuersbrunst vernichtet wurde, so muß der Geschäftsführer für diesen Zufall nach den vom Verschulden geltenden Grundsätzen einstehen[6]), während er für denselben nicht zu haften hätte, wenn die Geschäftsführung eine nothwendige, z. B. die Einbringung der Feldfrucht eine Rettung derselben vor drohendem Untergange gewesen wäre[7]) (§. 1311). — Dagegen ist die *voluptare* Geschäftsführung, als eine Veränderung in fremdem Vermögen, die wohl dem Geschmacke des Geschäftsführers, nicht aber dem des Geschäftsherrn entspricht, schon ihrer Natur nach eine Beschädigung, und erzeugt daher die Verbindlichkeit zur Wiederherstellung des vorigen Standes, und insoweit dies nicht mehr möglich ist, zum Ersatz nicht nur des positiven Schadens, sondern, da sie immer vorsätzlich oder mindestens aus grober Nachlässigkeit geschieht, auch des entgangenen Gewinns (§§. 1038, 1040, 1331). Daß der Geschäftsführer umsomehr für jeden Zufall haftet, welcher das Vermögen des Geschäftsherrn ohne diese Einmischung in seine Angelegenheiten nicht getroffen hätte, versteht sich von selbst (§. 1311).

---

4) Ist Schaden *und* Nutzen gestiftet worden, dann ist nur das Resultat in Betracht zu ziehen (arg. §. 1191).

5) Im Uebrigen vgl. unten §. 410.

6) Hieher gehört auch Entsch. G.-Z. 1865 Nr. 32 [= Sammlung V. Nr. 2116]: A hatte ein paar Ochsen des B in dessen Abwesenheit an einen Fremden, der sehr guten Kaufpreis anbot, ohne Auftrag des B, aber in der Absicht, ihm damit zu nützen, verkauft, und dem B den Kaufpreis abgeführt. Nachträglich zeigte sich, daß das Geld größtentheils in falschen Banknoten bestand, die so gut nachgemacht waren, daß die Fälschung für den A nicht erkennbar war. Der oberste G.-H. entschied, A habe den Schaden zu tragen.

7) Die allerdings unbillige Bestimmung (bei Note 6) gilt, so sehr auch *Leist* versucht, sie wegzudisputiren, im östr. R. unzweifelhaft. Das G.-B. zieht nämlich im §. 1311 die folgerichtige Consequenz aus den §§. 1035, 1037, während das A. L.-R. zwar die Sätze der letztcitirten Paragraphen, nicht aber auch deren Consequenz enthält. — Nach gem. R. ist der neg. gestor für den Zufall nur verantwortlich, wenn er gegen das Verbot des Geschäftsherrn oder auch nur gegen dessen Art und Weise thätig geworden ist (L. 11. D. h. t. 3. 5. *Windscheid* §. 430 Note 7); nach A. L.-R. I. 13 §. 49 und sächs. G.-B. §. 1347 nur, wenn er gegen dessen Verbot gehandelt hat. —

§. 406. Anstellung gefährlicher oder unfähiger Personen.

Es kann Jemand zur Ausführung eines ihm obliegenden Geschäfts[1]) sich einer Hilfsperson bedient haben, durch deren Verschulden das Geschäft schlecht ausgeführt, oder demjenigen, in dessen Interesse es ausgeführt werden soll, ein sonstiger Schaden zugefügt wurde; war dem Besteller gestattet, sich eines Gehilfen zu bedienen, so haftet er nur für sein allfälliges Verschulden in der Auswahl der Person (§§. 264, 965, 1010, 1161), welches Verschulden dann angenommen wird, wenn er wissentlich eine durch ihre Leibes- oder Gemüthsbeschaffenheit gefährliche oder eine zum Geschäfte untüchtige Person bestellt hat. Indessen liegt in einer solchen Handlungsweise regelmäßig noch kein Delict, sondern nur eine Schuldverletzung.[2])

Allerdings kann aber in der wissentlichen Anstellung einer solchen gefährlichen oder unfähigen Person auch ein Delict gelegen sein[3]), wenn es sich um Geschäfte handelt, die in der Hand einer solchen Person auch für Dritte verderbenbringend werden können[4]); in solchen Fällen haftet der Besteller ohne Rücksicht auf ein bereits bestehendes obligatorisches Verhältniß Jedermann für den Schaden, welcher durch die Ungeschicklichkeit oder die gefährlichen Eigenschaften des Bestellten verursacht worden ist (§. 1315 verb.: „welchen ein Dritter hierdurch erlitten hat").[5]) Die Streitfrage, ob die Haftung für Bestellung einer (nicht gefährlichen, wohl aber) „untüchtigen" Person auch nur dann einzutreten habe, wenn dem Besteller die Untüchtigkeit bekannt war, ist wohl in bejahendem Sinne zu lösen; einerseits liegt kein Grund vor, den Fall der Untüchtigkeit der Hilfsperson nach anderen Grundsätzen zu behandeln, als den ihrer Ge-

1) Z. B. eines Werkes, eines Rechtsgeschäftes, einer Verwaltung, der Beaufsichtigung von Personen oder Sachen u. s. w.

2) Der den Gehilfen Bestellende hat seiner Verpflichtung, das Geschäft mit möglichster Sorgfalt auszuführen, durch die Wahl einer so beschaffenen Hilfsperson entgegengehandelt.

3) Die österreichischen, wie die gemeinrechtlichen Schriftsteller sprechen von der Verantwortung für eine solche Anstellung nur im Zusammenhang ihres Geschehens mit Beziehung auf schon bestehende obligatorische Verhältnisse, wie beim Mandat und der Werkverdingung (Winiwarter IV. S. 575, Stubenrauch III. S. 537), bei der Aufbewahrung fremder Sachen (Windscheid §. 401 Note 5), bei der Aufsicht über Kinder und Thiere (Windscheid §. 455 Note 12) u. dgl. Daß dies zu enge ist, beweist schon das Strafgesetz, welches den Dienstgeber in mehreren Fällen für die Anstellung gefährlicher Personen jedem Beschädigten gegenüber verantwortlich macht; so z. B. den Lohnkutscher, welcher einen von der Polizei nicht tauglich befundenen Knecht zum Fahren bestellt (§. 429 St.-G.-B.), den Schlosser, welcher das Sperrzeug nicht gehörig verwahrt oder unsicheren Händen anvertraut (§. 469 ebda.) u. a. Fälle.

4) Z. B. Anstellung eines unwissenden Maschinisten oder Werkleiters in einer Fabrik, eines trunksüchtigen Capitäns auf einem Dampfschiffe, eines Pfuschers bei Aufführung eines Gebäudes oder Gerüstes u. dgl.

5) Entsch. G.-H. 1867 Nr. 45 [= Sammlung VI. Nr. 2746]: die Dampfschifffahrtsunternehmung haftet nicht für das Verschulden ihres Schiffsführers, der durch zu schnelles Fahren ein fremdes Schiff in den Grund bohrte, wenn sie sich bei der Aufnahme desselben nach §§. 1314, 1315 b. G.-B. benommen hat. Also wenn sie sich nicht danach benommen hat, wäre sie ersatzpflichtig — offenbar ex delicto.

fährlichkeit, andererseits fordert das G.-B. selbst in einem speciellen Falle (§. 264) der Bestellung einer „unfähigen" Person zur Begründung der Verantwortlichkeit des Bestellers, daß diese Bestellung in Kenntniß der Unfähigkeit („wissentlich") geschehen sei.[6]) Das Bekanntsein des Bestellers mit der Untüchtigkeit oder Gefährlichkeit der bestellten Person hat übrigens der Beschädigte zu beweisen (§§. 1296, 1297, 1299). Gewiß aber bildet auch die fortgesetzte Verwendung einer Person, die sich als gefährlich oder untüchtig erwiesen hat, ebenso ein Delict, wie die ursprünglich wissentliche Bestellung einer solchen.

Die Wirkung dieses Delicts besteht in dem Verbindlichwerden des Bestellers zum Ersatze des durch die gefährliche Eigenschaft des Angestellten in Ausführung des aufgetragenen Geschäfts verursachten Schadens nach den von der Verletzung der Person (§§. 1325—1327) oder des Vermögens (§§. 1331, 1332) geltenden Grundsätzen. Da die wissentliche Bestellung gefährlicher oder untüchtiger Personen nicht nothwendig Dolus enthält (Note 6), so wird bei Vermögensbeschädigung keineswegs immer auf das Affectionsinteresse zu erkennen sein.[7])

§. 410. Die Geschäftsführung ohne Auftrag.[1])

1) Rechtliche Natur. Unter Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum gestio) versteht man die Besorgung fremder Angelegenheiten im beabsichtigten Interesse eines Anderen ohne von ihm erhaltenen Auftrag.[2])

---

6) So auch Winiwarter IV, S. 575, Stubenrauch III. S. 537. Ein starkes Argument für die im Text vertretene Ansicht ist die Uebereinstimmung von A. L.-R. I. 6 §. 64 (dem §. 1315 offenbar nachgebildet ist), wo von „wissentlicher Bestellung untüchtigen Gesindes" die Rede ist; Dolus liegt übrigens noch durchaus nicht wesentlich in einer solchen wissentlichen Bestellung; auch untüchtige Arbeiter verrichten ihr Geschäft, meist ohne einen Dritten zu beschädigen. Namentlich aber ist zu beachten, daß, wenn das Wort „wissentlich" im §. 1315 nur auf gefährliche, nicht auch auf untüchtige Personen zu beziehen wäre, jede Bestellung einer untüchtigen Person den Besteller verantwortlich machen müßte, auch wenn er dabei mit aller erdenklichen Vorsicht vorgegangen wäre. — Nach röm. R. wird freilich ein Verschulden schon angenommen, wenn der Besteller die Untauglichkeit des Bestellten nur kennen mußte (Windscheid §. 410, vgl. L. 25 §. 7 D. 19. 2), und die gleiche Ansicht wird auch in der öftr. Praxis vertheidigt: Entsch. (II. Instanz) G.-H. 1857 Nr. 28, G.-Z. 1869 Nr. 34 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 1064, Sammlung VII. Nr. 3292]. Randa G.-Z. 1869 Nr. 49 nimmt geradezu an, daß es in dem zweiten Falle des §. 1315 eines Verschuldens des Bestellers gar nicht bedürfe; ebenso Entsch. G.-H. 1870 Nr. 15 [= Schimkowsky II. Nr. 936].

7) Wohl aber wird grobes Versehen vorliegen, und hienach auch auf Vergütung des entgangenen Gewinns der Anspruch erhoben werden können (§. 1331).

1) Chambon Negot. Gestio, Leipzig 1848; Dankwardt die neg. gestio Rost. 1855; Leist Das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten, Jena 1855; Köllner Grundzüge der L. v. d. neg. gest., Göttingen 1856; Ruhstrat Z. L. v. d. neg. gest., Oldenburg 1858; Ders. Ueber Stellvertretung ohne Vollmacht, in den dogm. Jahrb. X. S. 208—244; Aarons Beitr. z. L. v. d. neg. gest. 1. Abth., Schwerin 1860; Wächter im civ. Archiv XX. Nr. 11 u. A.

2) Arndts §. 297, Keller §. 318.

Wesentlich dazu ist, daß man im Interesse eines Anderen, wenn auch nicht eines bestimmten Anderen handle[3]), und zwar in der Absicht, gegen ihn dadurch einen Anspruch zu begründen[4]); ohne diese Absicht läge eine Schenkung oder etwas Schenkungsartiges vor.[5]) Die Handlung, die so vorgenommen wird, selbst kann bestehen im Abschließen eines Rechtsgeschäfts, in Vornahme einer Arbeit, in Verwendung von Sachen[6]) — es kommt nur darauf an, daß sie geeignet erscheine, dem vermögensrechtlichen Interesse des Anderen zu dienen. Der Handelnde wird Geschäftsführer (negotiorum gestor), und derjenige, dessen Geschäfte geführt werden, Geschäftsherr (dominus negotii) genannt.

Von dem, was man im gewöhnlichen Sinne Aufwand (Impensen) zu nennen pflegt, unterscheidet sich die Geschäftsführung ohne Auftrag objectiv nicht.[7]) Doch pflegt man von Impensen meist nur dann zu sprechen, wo derjenige, der auf eine fremde Sache etwas verwendet hat, zu der Zeit dieser Verwendung in der factischen Inhabung dieser Sache war[8]); so spricht man bei den Verwendungen des Besitzers einer fremden Sache (§§. 331, 332, 336), bei denen eines Fruchtnießers (§. 517), eines Verwahrers (§. 967) oder Entlehners (§. 981) nur von Aufwand, Kosten u. a., nicht aber von Geschäftsführung ohne Auftrag.

---

3) Die sog. contemplatio domini, bei der es nicht nur nicht schadet, wenn man sich in der Person des Dominus irrt, sondern auch unschädlich ist, wenn man überhaupt keinen bestimmten Dominus im Auge hat, wie z. B. wenn man ein gefundenes Pferd ernährt, dessen Eigenthümer man nicht kennt. Vgl. L. 22 D. h. t. 3. 5. Arndts, Keller a. a. O., Leist S. 109.

4) Also obligandi, nicht donandi causa. Puchta §. 327, Vangerow III. §. 664 S. 520, Holzschuher II. 2 S. 591.

5) Savigny IV. S. 84, 85, 131.

6) Parallel mit dem Mandat (s. oben §. 382 Note 6), wofür schon der Umstand spricht, daß das Wort „Geschäft" in §§. 1002 und 1036 b. G.-B. offenbar gleiche Bedeutung hat. Vgl. auch Unger II. S. 140 Note 42. Beispiele: Man tilgt eine fremde Schuld durch Expromission (Savigny a. a. O. S. 278), man verbürgt sich für einen Schuldner ohne seine Zustimmung (vgl. §. 1364), man leistet als freiwilliger Intervenient, d. h. ohne Nothadressat zu sein, eine Ehrenacceptation (Art. 58, 61 W.-O.), man nimmt ein fremdes Kind zur Erziehung und Pflege zu sich (Savigny S. 84, 85), man bestellt das Landgut eines Anderen, man baut auf dessen Boden ein Haus, oder verwendet Saatfrucht, Materialien oder Arbeitslohn darauf (Savigny S. 131). Auch die Verwendung eigener Mühewaltung genügt, und so kann auch der bloße Verkauf fremder, dem Verderben unterliegender Sachen, selbst wenn er nicht mit eigenem materiellen Aufwand verbunden war, nicht nur einen Anspruch des Dominus gegen den Gestor, sondern auch umgekehrt einen Anspruch des Gestor gegen den Dominus begründen.

7) Vgl. namentlich die cit. Schrift von Leist, worin nachzuweisen versucht wird, daß Impensen, in rem versio und neg. gestio auf den gleichen Grundsätzen beruhen, insbesondere also die Geschäftsführung ohne Auftrag nur ein besonderer Fall des für einen Anderen gemachten Aufwandes sei. Für diesen Zusammenhang vgl. im b. G.-B. z. B. §§. 336, 517, 1097.

8) Leist S. 8, 11, 40; daher liegt nahe der romanistische Rechtssatz, der dem Verwendenden zur Durchsetzung seiner daraus hervorgehenden Rechtsansprüche das Retentionsrecht einräumt (Arndts §. 298, Anm. 2, Holzschuher I. S. 104, Leist S. 42 fg.). Doch ist der im Text bezeichnete Sprachgebrauch kein ausnahmsloser; das b. G.-B. z. B. spricht auch in anderen Fällen von einem Aufwand; so im §. 1014.

Wie die Impensen, so ist auch die Negotiorum Gestio entweder eine nothwendige, oder eine nützliche, oder eine voluptare.[9])

Nothwendig ist die Geschäftsführung (neg. necessarium), wenn dadurch ein drohender Schaden abgewendet, oder ein solcher Aufwand gemacht wird, der dem Geschäftsherrn gesetzlich oblag.[10]) Sie bezweckt nicht eine Bereicherung des letzteren, sondern eine Hintanhaltung der Verminderung seines Vermögens.[11]) Dagegen nennt man die vom Gestor unternommene Geschäftsführung eine nützliche (neg. utile), wenn sie eine Bereicherung des Geschäftsherrn bewirkt, die sich auch im Hinblick auf seine subjectiven Verhältnisse als solche darstellt.[12]) Ist hingegen der Aufwand, den der Gestor macht, ein solcher, daß er lediglich dem subjectiven Geschmack des Geschäftsführers selbst, nicht aber jenem des Geschäftsherrn entspricht, dann ist die Gestio eine voluptare, mag sie immerhin nicht speciell Vergnügen oder Verschönerung bezielt haben.[13])

Die ungerufene Besorgung fremder Geschäfte ist nach östr. Recht in der Regel eine unerlaubte Handlung[14]) und zieht daher die Haftung für alle Folgen nach sich (§. 1035 b. G.-B.; vgl. oben §. 401); eine Ausnahme von dieser Regel, so daß das ungerufene Eingreifen in fremde Angelegenheiten als etwas Erlaubtes erscheint, macht nur[15]) die nothwendige Geschäftsführung (§§. 1036, 1042, arg. a contr. aus §. 1311).

2) Die Wirkung der Geschäftsführung ohne Auftrag, soweit die Gestio dem muthmaßlichen Willen des Geschäftsherrn oder des Gesetzes entspricht, besteht zunächst in der Begründung eines Ersatzanspruchs des Gestor gegen den Dominus.[16]) Die nothwendige Geschäftsführung berechtigt den Gestor in dem Falle, da er zur Abwendung eines Schadens einschritt, soweit seine Gestio eine zweckentsprechende war, Ersatz selbst

9) Dies hat Leist auch als die Auffassung des röm. R. nachgewiesen.

10) Vgl. Leist S. 20, 25, 26. Z. B. der Gestor bezahlt (zu Recht bestehende, fällige) Schulden des Dominus.

11) Leist S. 27, 28.

12) Vgl. Leist S. 74, 75.

13) Leist S. 31; er rechnet von diesem Standpunkt (S. 32) dahin auch Auslagen, die Jemand lediglich in Folge schlechter Geschäftsführung, also etwa eigenen Leichtsinns macht. Das charakteristische Moment beim voluptaren Aufwand ist das subjective (der Wille des Verwendenden), während beim nothwendigen und nützlichen Aufwand ein objectives, mit dem Vermögen des Dominus zusammenhängendes Moment das vorwiegende ist. Leist S. 31, 34.

14) Anders Leist, der die neg. gest. schon im Titel seines Werkes als das erlaubte ungerufene Eingreifen bezeichnet.

15) Mit Unrecht tadelt Leist S. 192 die Stylisirung des §. 1035; dieser will in der That nicht nur die voluptare, sondern auch die nützliche Geschäftsführung verbieten. Auch bei der letzteren ist der Gestor schon darum im Verschulden, weil er sich nicht die Einwilligung desjenigen verschafft hat, dessen Nutzen er befördern will. Dies ist die Auffassung des b. G.-B., wie des A. L.-R., nur ist sie im ersteren consequenter durchgeführt. Vgl. oben §. 401, Note 3, 7.

16) Den Grund gibt §. 1 J. 3. 26 (27) dahin an: Utilitatis causa receptum est, ne absentium ... desererentur negotia, quae sane nemo curaturus esset, si de eo, quod impendisset, nullam habiturus esset actionem. Vgl. Leist S. 165 fg., der darin eine ursprünglich nur moralische Pflicht erblickt, die aber in jedem einigermaßen vorgeschrittenen Rechtsleben zur Rechtspflicht erhoben werde.

dann zu fordern, wenn seine Bemühung ohne sein Verschulden erfolglos geblieben, oder der erzielte Erfolg durch später eingetretenen Zufall wieder vernichtet worden wäre (§. 1036).[17]) Im Falle der Rettung einer fremden beweglichen Sache vor sonst unvermeidlichem Verlust oder Untergang[18]) gebührt dem Gestor noch überdies ein besonderer Rettungslohn von höchstens 10% des Werthes der Sache (§. 403 b. G.-B.). Gleichermaßen gebührt ihm der volle Ersatz, wenn er eine dem Geschäftsherrn obliegende juristische Pflicht erfüllte, z. B. dessen Kinder alimentirte, seine Schulden bezahlte, ihm obliegende Begräbnißkosten[19]) bestritt u. dgl. (§. 1042). Wurden von dem Gestor eigene und fremde Geschäfte geführt, so hat er in der letzteren Beziehung ebenfalls Anspruch auf Ersatz[20]); schon hieraus begreift sich ohne Schwierigkeit, daß demjenigen, welcher in einem Nothfalle, um größeren Schaden von sich und von Anderen abzuwenden, sein Eigenthum aufopfert[21]), von diesen Anderen verhältnißmäßige Entschädigung gebührt (§. 1043).[22])

Ist hingegen die Geschäftsführung eine nützliche, d. h. stellt sie sich nicht nur in abstracto, sondern auch mit Rücksicht auf die concreten Verhältnisse des Geschäftsherrn als eine Bereicherung desselben dar[23]), dann muß der Dominus, insoweit er sonst mit dem Schaden des Gestor be-

---

17) Ebenso nach röm. R. Vangerow S. 523, Leist S. 48; etwas unbestimmter sprechen über die Wirkung des Zufalls Arndts §. 298 und Keller §. 319. Beispiele geben die Stützung eines Gebäudes, das den Einsturz droht, Fütterung eines Thieres, Curkosten, Rettung bei einem Brand oder einer Ueberschwemmung, wenn dann das erhaltene oder gerettete Object dennoch anderweitig unterging. — Eine merkwürdige (auch von Leist S. 195 gerügte) Abweichung von dem Gesagten enthält jedoch §. 981 b. G.-B., wo der nothwendige Aufwand des Commodatars unter die Bestimmung des §. 331 gestellt ist. Vollkommen richtig sind dagegen die gleichen Unterstellungen in den §§. 1069, 1085, 1087.

18) Z. B. bei einem Brandunglück.

19) Sie treffen regelmäßig die Nachlaßmasse (§. 549 b. G.-B.); wer sie aus Eigenem bestreitet, hat einen Ersatzanspruch gegen die Masse, ein Satz, der auch für den Erben selbst wichtig ist, da er, wenigstens wenn er Beneficiarerbe ist, gleichfalls als Gläubiger der Masse auftreten kann (§. 802). Das röm. R. gab zu diesem Zwecke eine eigene actio funeraria. Arndts §. 299, Keller §. 321, Vangerow §. 667.

20) Keller §. 318.

21) Z. B. Jemand erlegt bei einer Brandschatzung die ganze von dem Feinde geforderte Summe. Einen anderen Anwendungsfall enthält der Regreßanspruch des §. 896 b. G.-B. (oben §. 306); hieher gehört auch der Fall der Zahlung durch einen Besitzer eines von mehreren simultan verpfändeten Grundstücken, wenn zwischen den mehreren Eigenthümern der verpfändeten Grundstücke kein besonderes Rechtsverhältniß bestehe; er rettet durch seine Zahlung sich und sie vor der Execution (s. oben S. 161 fg.). — Besondere Bestimmungen bestehen über die Beitragspflicht der Privatbesitzer zu Wasserbauten auf Staats- oder Landeskosten (Ges. v. 30. Mai 1869 §. 26); darüber Michel in Verwaltungszeitsch. 1871 Nr. 19, 20.

22) Anders Jhering dogm. Jahrb. X. S. 335, 336, 347 Note 64, S. 348 fg.

23) Leist S. 74, 75, Holzschuher S. 594 Anm. Das nämliche wollen auch die unbestimmten Ausdrücke der §§. 1037, 1038 („überwiegend" und „klar") bezeichnen. Die Romanisten stellen die Frage auch darauf ab, ob nach den Umständen anzunehmen sei, daß der Dominus das Geschäft gebilligt, bezw. es selbst vorgenommen haben würde (dominum eadem facturum fuisse), wenn er dazu Gelegenheit gehabt hätte; Arndts §. 298, Leist S. 110.

reichert wäre, den Aufwand ersetzen (§. 1037). Daraus geht von selbst hervor, daß, wenn der Nutzen geringer ist, als der Aufwand[24]), nur der geringere Betrag zum Ersatze zu gelangen hat (§§. 1038, 1036, 331).[25])

Ist endlich die Geschäftsführung eine voluptare, d. i. entspricht der Aufwand nur dem Willen des Gestor, nicht aber auch dem vermuthlichen oder erklärten Willen des Dominus, dann gebührt dem ersteren kein Ersatz. Dahin gehört aber nicht nur der Fall eines bloßen Verschönerungs- oder Vergnügungsaufwandes, sondern namentlich auch der Fall der Einmischung gegen den bestimmt erklärten Willen des Geschäftsherrn oder seines Bevollmächtigten; nicht anders steht die Sache auch, wenn nach den Umständen anzunehmen ist, daß der Dominus nach seinen concreten Verhältnissen das Geschäft nicht vorgenommen haben würde (vgl. Note 23), oder wenn der Vortheil sich als ein für ihn zweifelhafter darstellt[26]), oder wenn das, was an sich als Verbesserung immerhin angesehen werden kann, die Sache ihrem bisherigen Zwecke entzieht.[27]) In diesen Fällen[28]) gebührt dem Gestor nicht nur kein Ersatz, sondern es kann umgekehrt der Geschäftsherr die Wiederherstellung des vorigen Zustandes und volle Genugthuung verlangen, der Geschäftsführer aber hat, wie in anderen Fällen des voluptaren Aufwandes, das jus tollendi (§§. 1038, 1042, 1035).

Das Gesagte gilt auch für jenen nothwendigen Aufwand, dessen Vornahme von dem freien Willen des Geschäftsherrn abhängt (vgl. z. B. Note 26); hatte er jedoch zu dieser Verwendung eine juristische Pflicht, dann gilt kein Verbot und der Aufwand muß dem Gestor ersetzt werden (§. 1042).

Die zur Geltendmachung dieser Ansprüche dem Geschäftsführer zustehende Klage ist die act. neg. gest. contraria.

Umgekehrt erlangt auch der Geschäftsherr aus der nothwendigen und nützlichen Geschäftsführung ähnliche Ansprüche gegen den Gestor, wie sie sonst aus dem Mandat entspringen, und steht ihm zu deren Geltendmachung die a. neg. gest. directa zu. Insbesondere kann er verlangen, daß der Gestor das angefangene Geschäft oder Geschäftscomplex bis zu

24) Z. B. es war ein fremdes Gebäude ausgebessert worden, dasselbe ist aber seither wieder beschädigt worden.

25) Leist S. 160, 193. Der Satz, es hafte der Gestor (bei jeder nicht nothwendigen Geschäftsführung) „für alle Folgen" (§. 1035), „für allen Nachtheil, welcher außerdem nicht erfolgt wäre" (§. 1311) will allerdings auch sagen, daß der Gestor den Zufall insofern zu tragen habe, als er den Ersatz für den durch Zufall vereitelten Nutzen nicht beanspruchen kann (vgl. §. 517 b. G.-B.: „noch bestehenden Nutzungen", „fortdauernder Nutzungen"), Leist S. 100, 159, 180 fg., A. L.-R. I. 13 §§. 263 bis 267, — aber er besagt noch weit mehr; wenigstens für das östr. R. Vgl. oben §. 401 bei und in Note 3, 6, 7 und hier Note 30.

26) „Ist der überwiegende Vortheil nicht klar"; z. B. der Gestor reparirt ein Haus, welches der Eigenthümer, als ihm unnöthig, eingehen lassen wollte. Holzschuher S. 594, Anm.

27) Z. B. ein Lustgarten war in eine fruchtbringende Anlage (Weingarten) verwandelt worden.

28) Auch Leist S. 193 zählt die Geschäftsführung in den Fällen der §§. 1038, 1040 zur voluptaren.

Ende führe[29]), und ihm genaue Rechnung darüber lege (§. 1039). Der Geschäftsführer haftet ihm für jedes Verschulden (§. 1295)[30]); als ein Verschulden ist es aber nicht anzusehen, wenn bei einer Geschäftsführung im Nothfalle ein drohender zufälliger Schaden nicht verhütet wurde, es sei denn, daß ein Anderer, der noch mehr geleistet hätte, durch ein wirkliches Verschulden des Geschäftsführers daran verhindert wurde[31]), in welchem Falle jedoch auch noch immer wenigstens eine Compensation des Schadens mit dem verschafften Nutzen zulässig ist[32]) (§. 1312). Auch haftet, wer sich zu Geschäften aufdrängt, deren Ausführung besondere Kunstkenntnisse erfordert, für den Abgang derselben (§. 1299).

Durch spätere Genehmigung des Geschäfts verwandelt sich die Geschäftsführung ohne Auftrag in ein Mandat[33]), und es gelten sodann für die rechtliche Beurtheilung die Grundsätze vom Mandat, so daß in solchem Falle selbst nützlicher und voluptarer Aufwand vollständig zu ersetzen ist. Darin aber liegt noch nicht Ertheilung der Genehmigung, daß der Dominus von der Geschäftsführung Kenntniß erhalten hat, ohne ihr zu widersprechen[34]), sondern die Genehmigung muß entweder ausdrücklich oder durch Inanspruchnahme des erzielten Vortheils ertheilt werden (§. 1016).[35]) Und auch die Ertheilung der Genehmigung wirkt in dem

---

29) Arndts §. 297. Eben darum entsteht der Anspruch des Gestor erst mit dem vollendeten Geschäft (Leist S. 137—139). Daher ist auch (L. 8 pr. D. 9. 2) der Chirurg verantwortlich, der, nachdem er eine an sich heilsame Operation vorgenommen, den operirten Sklaven im Stiche läßt.

30) Nach röm. R. insofern anders, als der Gestor bei nothwendiger Geschäftsführung nur für grobes Versehen haftet (Arndts §. 297, Windscheid §. 430 Note 6). — Nach östr. R. haftet der Gestor auch, wenn seine Verwendung eine gutgemeinte, aber zweckwidrige war, wofern die Zweckwidrigkeit von einem gewöhnlichen Menschen hätte eingesehen werden können (§. 1297), gleichviel dann, ob es sich um eine nothwendige oder nützliche Geschäftsführung handelt (also es haftet z. B. der Gestor, der, um bei einer Feuersbrunst zu retten, die Möbel beim Fenster hinauswirft). Wird durch die Geschäftsführung eine Beschädigung herbeigeführt, die an sich eine zufällige ist, so haftet der Gestor für diesen Zufall nur dann, wenn die Geschäftsführung nicht eine nothwendige war (§. 1311); er hat also z. B. nicht zu haften, wenn er Gegenstände aus einem vom Feuer bedrohten Gebäude in ein nicht bedrohtes Local rettet, und dann gleichwohl das letztere abbrennt, während das erstere unversehrt bleibt (Vangerow III. S. 523). Was der Gestor bei der Rettungsarbeit beschädigt (zerbrochen) hat, muß er vergüten (denn §. 1312 spricht ihn nur frei vom Ersatz des „nicht verhüteten Schadens"), es dürfte aber wohl auch in diesem Falle die Compensation von Nutzen und Schaden nach §. 1312 a. E. zulässig sein. — Auch hier gilt endlich die Regel, daß der Gestor, wenn er das Geschäft durch einen Anderen ausführen läßt, haften muß für ein in der Auswahl der Person begangenes Versehen (§. 1315 b. G.-B., L. 21 §. 3 D. h. t. 3. 5).

31) Vgl. Ihering Civilrechtsfälle Nr. 74.

32) Vgl. auch §. 1191 b. G.-B., und überhaupt über diese nach röm. Recht sehr bestrittene Frage Vangerow III. §. 571 S. 39.

33) Diese Lösung der für das röm. R. sehr streitigen Frage (Holzschuher II. 2 S. 541, Vangerow III. §. 664, Arndts §. 298, Heimbach Rechtslex. VII. S. 341—343, Leist S. 140—154) ist auch im §. 1037 pr. b. G.-B. angedeutet. Vgl. A. L.-R. I. 13 §. 239.

34) Vgl. Leist S. 142.

35) Doch bleibt auch dann noch immer ein Unterschied in der Wirkung gegenüber dem Mandat. Vgl. die oben §. 401

angegebenen Sinne nur zwischen dem Gestor und dem Dominus; die zwischen dem Gestor und Dritten eingegangenen Geschäfte binden und berechtigen nur den Gestor, es sei denn, daß er das Geschäft, wenn auch ohne Vollmacht, ausdrücklich im Namen des Geschäftsherrn eingegangen hätte, in welchem Falle die Genehmigung auch Dritten gegenüber so wirkt, als hätte ein Mandat vorgelegen.[36])

Der Tod des Geschäftsherrn hat auf den Bestand des aus der Geschäftsführung hervorgegangenen Rechtsverhältnisses keinen Einfluß.[37])

§. 411. Die Verwendung zu fremdem Nutzen (versio in rem).[1])

Unter Verwendung zu fremdem Nutzen versteht das östr. Recht jede ohne Geschäftsführung, d. i. ohne die Absicht, im Interesse eines Anderen zu handeln[2]), erfolgte Vermögensverwendung für einen Dritten (§. 1041).[3]) Dahin gehören nicht nur, wie nach röm. R.[4]), Geschäfte mit

---

Note 6 mitgetheilte Entsch. G.-Z. 1865 Nr. 32. — Streitig ist auch, ob der Gestor dem Dominus durch einen in seinem Namen eingegangenen Vertrag Rechte erwerben könne. Dagegen (arg. §. 881 b. G.-B.) Turnes im Jurist XVI. S. 426 fg., 432 fg., Stubenrauch III. S. 16 Note ***, dafür Unger Vertr. z. Gunsten Dritter S. 98 Note 139 und Lemayer G.-Z. 1869 Nr. 86, weil der Vertrag sofort unwiderruflich werde, so daß er ohne Zustimmung des Dominus nicht mehr rückgängig gemacht werden könne; wegen der vom Gestor dabei übernommenen persönlichen Verbindlichkeiten könne er den Dominus auf Liberirung (Uebernahme derselben) klagen. Vgl. cod. civ. Art. 1395, H.-G.-B. Art. 93, Ruhstrat in dogm. Jahrb. X. S. 208 ff.

36) Vgl. Leist S. 143.

37) Keller §. 319, Holzschuher S. 600 Nr. 12.

1) Vgl. über die Verwendungsklage insbes. Ihering dogm. Jahrb. X. S. 333—352.

2) Auch Leist S. 193 erklärt den §. 1041 b. G.-B. dahin, daß er ein Handeln voraussetzt ohne den animus negotia aliena gerendi und ohne contemplatio domini.

3) So auch Winiwarter IV. S. 243 vgl. mit S. 239, obwohl die von ihm angeführten Beispiele nicht durchwegs passend sind. Ganz unhaltbar ist aber die Lehre von Zeiller ad §. 1041 Nr. 1, Ellinger ad §§. 1035, 1041 und Stubenrauch ad §. 1041, Nr. 1, wonach der Unterschied zwischen Geschäftsführung ohne Auftrag und der Verwendung zu fremdem Nutzen darin gelegen sein soll, daß nur bei der ersteren Rechtsgeschäfte mit Dritten geschlossen werden, nicht auch bei der letzteren. Vgl. vorigen Paragraph bes. Note 6, und hier weiter unten.

4) Nach diesem hatte derjenige, der mit einem Haussohn oder Sklaven als Negotiorum Gestor des Vaters oder Herrn ein zweiseitig verbindliches Rechtsgeschäft abgeschlossen hatte, gegen den letzteren insoweit eine Klage, als sie der Haussohn oder Sklave als neg. gestor gehabt hätte, wenn er sui juris gewesen wäre (Keller §. 236, Leist S. 101), was soweit zutraf, als dem Vater oder Herrn aus diesem Rechtsgeschäft ein Vermögensvortheil entstand (a. de in rem verso). Von der späteren Doctrin (vgl. noch Ube im civ. Arch. L S. 370 fg.) wurde auf Grund der L. 7 §. 1 C. quod cum eo, qui (4, 26) diese Klage als a. utilis de i. r. verso auch demjenigen zugestanden, welcher mit einem freien neg. gestor contrahirt hat (vgl. Keller S. 467, der in diesem Falle nur die cond. sine causa, und Arndts §. 248 Anm. 3, der eine ut. neg. gest. contr. act. für zulässig hält); endlich wurde sie Jedem zugeschrieben, aus dessen Vermögen überhaupt ohne die zur neg. gestio erforderliche Absicht etwas zum Nutzen eines Anderen verwendet wurde. Diese von der herrschenden Lehre (vgl. Heimbach Rechtslex. I. S. 68, Arndts §. 298 Anm. 2, Puchta §. 279, Vangerow III. S. 522, Keller a. a. O.) verworfene Anschauung ist die des östr. R. Vgl. Leist S. 193.

einem dazu nicht beauftragten Haussohn, die dann am Ende dem Vater zu Guten kommen[5]), sondern überhaupt unabsichtlich zu fremdem Nutzen gemachte Verwendungen, welche nicht in Leistungen an denjenigen bestehen, zu dessen Nutzen sie gereichen[6]); so z. B. die Ausbesserung der Sache eines Dritten mit nicht ihm gehörenden Material (§. 416 b. G.-B.), das Bauen auf fremdem Grunde oder mit fremdem Material (§§. 417 bis 419), das Pflanzen und Säen auf fremdem Boden (§. 420), der Aufwand des redlichen oder unredlichen Besitzers einer fremden Sache (§§. 331—333, 336 b. G.-B.)[7]) u. s. w.[8]) Immer wird aber vorausgesetzt, daß der Vortheil nicht durch eine denselben aufwiegende Verbindlichkeit gegenüber einem Anderen aufgewogen erscheine; darum liegt keine versio in rem vor, wenn der Depositar das bei ihm erlegte Geld einem Dritten als Darlehen gibt, denn der für den Anleiher entstehende Vortheil ist schon paralysirt durch dessen den gleichen Betrag erreichende Rückzahlungsverbindlichkeit aus dem Darlehensgeschäfte[9]); und wenn der Dienstherr eines erkrankten Minderjährigen zu dessen Heilung einen Arzt berufen hat, so hat der Arzt kein Klagrecht auf das ihm gebührende Honorar gegen den Vater, sondern nur gegen den Dienstherrn, von dem er bestellt wurde, denn eben diesem Dienstherrn bleibt vorbehalten, seinen Rückersatzanspruch gegen den Vater nach §. 1042 geltend zu machen, und durch diesen Regreßanspruch ist der Vortheil, den der Vater aus der Thätigkeit des Arztes gezogen hatte, wieder beseitigt.[10])

---

5) Z. B. ein Vertrag über die Ausbesserung des väterlichen Hauses, ein dem Hauskind zum Zwecke der Bestreitung dringender Ausgaben, für die der Vater hätte aufkommen müssen, gegebenes Darlehen u. dgl.

6) Nicht hieher gehört daher die cond. sine causa (§. 1435) u. s. w., was namentlich wichtig ist, da auf sie §. 1041 i. f. keine Anwendung findet. Vgl. aber auch Unger d. revid. sächs Entw. S. 68.

7) Auch der Aufwand auf die eigene, aber dem dritten Nutzungsberechtigten vorenthaltene Sache ist nach den §§. 331 bis 333, 336, 338 zu beurtheilen: Entsch. G.-Z. 1871 Nr. 80 [= Sammlung IX. Nr. 4167].

8) Auch daß dem Irregeführten nach §. 872 „eine angemessene Vergütung" gebührt, kann unter Umständen hieher gehören.

9) L. 8 C. dep. 4. 34: Si is, qui depositam a te pecuniam accepit, eam suo nomine vel cujuslibet alterius mutuo dedit, tam ipsum de implenda suscepta fide, quam ejus successores teneri tibi certissimum est. Adversus eum autem, qui accepit, nulla actio tibi competit, nisi nummi extant, tunc enim contra possidentem uti vindicatione potes. Vgl. auch L. 49 D. de C. J. 12. 6. L. 15 C. si cert. pet. 4. 2. Keller S. 467. Ebenso ist es nicht versio in rem des Bauherrn, der den Bau nur mit dem Baumeister accordirte, wenn Handwerker und Lieferanten dem Baumeister gegenüber die Verbindlichkeiten erfüllen, die aus den mit ihm eingegangenen Verträgen für sie erwachsen. Keller §. 236 Note 11.

10) So Entsch. G.-H. 1869 Nr. 64 [= Sammlung VII. Nr. 3426]; s. auch Entsch. G.-Z. 1865 Nr. 29 [= Sammlung IV. Nr. 2003]: eine Frau, die die Verpflegung eines unehelichen Kindes im Auftrage von dessen unehelicher Mutter übernommen hatte, erhielt von dieser keine Bezahlung und klagte daher den unehelichen Vater auf Ersatz dessen, was sie zum Besten des Kindes verwendet hatte. Sie wurde abgewiesen, weil sie sich nur an ihre Auftraggeberin halten und das zwischen der Mutter und dem Geklagten über die Verpflegung des Kindes getroffene Uebereinkommen nicht vereiteln könne.

Auch die Verwendung zu fremdem Nutzen kann eine nothwendige oder nützliche sein, je nachdem sie die Rettung fremden Vermögens (bezw. die Erfüllung einer juristischen Verbindlichkeit) oder blos materiellen Nutzen bezielt.[11]) Dagegen kann sie schon nach ihrem Begriff und Namen nicht eine blos voluptare sein.

Um einen Anspruch zu begründen, muß die Verwendung eine vollendete Thatsache sein[12]), d. h. es muß von Seiten des Verwendenden alles geschehen sein, was den Umständen nach von seiner Vorsicht gefordert werden konnte, damit die Verwendung ihren Zweck erreiche.[13]) Wurde z. B. einem minderjährigen Sohne ein Darlehen gegeben, damit er sich ein nothwendiges Kleidungsstück anschaffe, ihm aber dieses Geld entwendet, oder dasselbe von ihm vergeudet, so besteht für den Darleiher ebensowenig ein Ersatzanspruch gegen den Vater, als wenn der fragliche Sohn den ihm zum gleichen Zwecke gelieferten Kleiderstoff selbst verschleudert hätte[14]): der Verwendende muß eben curiosus esse, quo vertatur.[15])

Die Wirkung der in rem versio ist auf Seiten desjenigen, aus dessen Vermögen etwas verwendet wurde, die Entstehung einer persönlichen Klage (der Versions-, Verwendungsklage) gegen Jenen, dem die Verwendung zu Guten kommt, auf Rückstellung in Natur, und wenn dies nicht mehr möglich wäre, auf Vergütung des Werthes der Verwendung, den sie zu der Zeit hatte, da sie geschah, und zwar nach öſtr. Recht ohne Unterschied zwischen nothwendiger und nützlicher Verwendung[16]); nur muß sie im letzteren Falle auch nach den subjectiven Verhältnissen des Beklagten als eine nützliche erscheinen, weil man, soweit dies nicht zutrifft, nicht sagen könnte, die Sache sei zu seinem Nutzen verwendet worden. Und zwar entfällt das Recht, das Verwendete in Natur zurückzufordern, nicht nur bei physischer Unmöglichkeit seiner Zurückstellung, sondern auch, wenn ein juristisches Hinderniß entgegensteht, wie insbesondere der Uebergang der verwendeten Sache in untrennbare Accession einer anderen Sache (§§. 416—420).

Ist die, nothwendige oder nützliche, Verwendung einmal vollständig geschehen, dann steht der Versionsklage eine spätere zufällige Vereitelung des beabsichtigten oder erzielten Erfolges nicht entgegen (§. 1041 i. f.).[17])

Die entwickelten Regeln führen insbesondere zu dem Ergebniß, daß auch der redliche Besitzer einer fremden Sache, obwohl er dieselbe ohne

---

11) Vgl. Leist S. 72 fg., 81 fg.

12) Leist S. 80, 89, 94, 96.

13) Winiwarter S. 244.

14) Vgl. wg. G.-B. III. §§. 407—410.

15) L. 3 §. 9 D. h. t. 15. 3. Leist S. 95.

16) Nach röm. R. ist bei nützlicher Verwendung regelmäßig nur die Bereicherung zu ersetzen. Leist S. 92.

17) Ebenso nach röm. R. bei nothwendiger, anders bei nützlicher Verwendung: Leist S. 95, 97, 100. — Nach dem im Text Gesagten ist klar, daß die Versionsklage nicht zu den Bereicherungsklagen gehört; die letzteren charakterisiren sich dadurch, daß nur die zur Zeit der Klage vorhandene Bereicherung herausgegeben werden muß. Diesen Unterschied heben auch hervor Volkmar und Löwy d. deutsche Wechselordnung §. 195 Nr. 11.

Verantwortung brauchen und verbrauchen kann (§. 329), gleichwohl aus dem Titel der Verwendung ersatzpflichtig werden kann, wenn die Sache in sein Vermögen vertirt, zu seinem Nutzen verwendet wurde; §. 329 enthebt ihn nur der Verantwortung gegenüber der Schadenersatzklage, selbst wenn er mit der Sache leichtsinnig umgegangen sein sollte, quia rem quasi suam neglexit; damit ist aber nicht gesagt, daß er auch nicht einzustehen brauche für den ihm durch Verwendung der fremden Sache zu seinem Nutzen zugegangenen Vortheil.[18]) Uebrigens ist allerdings zu beachten, daß theilweise von den hier entwickelten Regeln abweichende Grundsätze in den Verwendungsfällen der §§. 415—420, 331—333, 336 zur Anwendung kommen.[19])

Unter den Regeln von der in rem versio steht auch der Fall, wenn für einen Anderen ohne Geschäftsführung eine bestehende juristische Verbindlichkeit erfüllt wurde (§. 1042), wie z. B. wenn fremde Kinder als vermeintlich eigene verpflegt, oder irrthümlich die einem Anderen obliegenden Leichenkosten bestritten wurden.[20]) Wurde aber eine gewöhnliche fremde Schuld irrthümlich bezahlt, so findet nur die condictio indebiti (§. 1431), nicht aber die Versionsklage statt, weil durch eine solche Zahlung der eigentliche Schuldner doch nicht liberirt wurde (§§. 1422, 1423).[21])

Geschah die Vermögensverwendung zu eigenem und fremdem Nutzen, so tritt wenigstens in letzterer Beziehung gleichfalls die Ersatzpflicht ein, was insbesondere bei Aufopferung eigenen Vermögens in gemeinsamer Gefahr[22]) zutrifft (§. 1043). Einen besonderen Fall dieser Art bildet der sog. Seewurf (jactus) und überhaupt die große Havarei, worüber das Nähere in das Seerecht gehört (§. 1043). Aehnlich steht es auch um die sog. Kriegsschäden, d. h. von Militärbefehlshabern zu militärischen oder Kriegszwecken anbefohlenen Zerstörungen von Privatgut; die Entschädigungsverhandlung darüber steht aber nach besonderen Normen den politischen Behörden zu (§. 1044).[23])

Die voluptare Verwendung, welche man ohne Geschäftsführung für einen Anderen gemacht hat, berechtigt lediglich zur Hinwegnahme, soweit eine solche möglich ist[24]); ist sie nicht möglich, so ist eine Ersatzforderung nur soweit begründet, als die Verwendung den Anderen wirklich bereichert, d. h. soweit sie eine nützliche Verwendung ist.[25]) Dagegen

---

18) Dafür auch die §§. 416—420, welche dem redlichen Bauführer, Pflanzer u. s. w. ohne Einschränkung die Verbindlichkeit zur Bezahlung des verwendeten Materials auflegen.

19) Namentlich gilt von ihnen nicht §. 1041 i. f.

20) Der §. 1042 betrifft also sowohl die Fälle der neg. gestio, als jene der in rem versio, je nachdem der animus negotia gerendi vorhanden ist, oder fehlt.

21) Vangerow III. S. 521, Holzschuher II. 2 S. 592 Anm.

22) Z. B. bei einer Feuersbrunst wird ein Haus niedergerissen, um ihr Fortschreiten zu hindern.

23) Entscheid. G.-Z. 1873 Nr. 88 (= Sammlung XI. Nr. 5096]: die Gerichte sind dazu nicht competent.

24) Winiwarter S. 244, Leist S. 93.

25) Vgl. §. 332 b. G.-B.

besteht aber auch[26]), so lange kein Verschulden vorliegt, keine Verpflichtung zur Wiederherstellung des vorigen Zustandes.[27])

§. 415. Rückforderung wegen unsittlichen Grundes (Cond. ob turp. caus.).

Wurde Jemandem etwas um eines künftigen Erfolges willen[1]) gegeben, und ist nur das Empfangen, nicht auch das Geben unsittlich, so findet die Zurückforderung des Gegebenen statt, gleichviel ob der Erfolg eingetreten ist, oder nicht.[2]) Dieser Fall liegt vor, wenn Jemand zur Verhinderung eines von ihm beabsichtigten unsittlichen Verhaltens (einer verbotenen Handlung[3]) oder Unterlassung[4])) etwas gegeben wurde (§. 1174 a. E.). Der Grund dieser Behandlung liegt nicht sowohl darin, daß dadurch die Reinheit der sittlichen Triebfeder gefährdet würde[5]), sondern vielmehr darin, „daß ein solcher Vertrag leicht zur unwürdigsten Speculation mißbraucht werden kann, indem ein gedrohtes Verbrechen oder eine verweigerte Schuldigkeit den Anderen, dem der Weg der gerichtlichen Klage zu beschwerlich oder unsicher scheint, bewegen kann, den bösen Willen durch versprochenen Lohn zu überwinden".[6]) Um so weniger findet daher auf das unter gleichen Umständen nur Versprochene eine Klage statt.

Enthält aber das Hingeben eine Unsittlichkeit, dann ist die Rückforderung ausgeschlossen, gleichviel ob auch das Empfangen unsittlich ist oder nicht[7]); so denn insbesondere, wenn Etwas wissentlich zur Bewirkung einer unerlaubten[8]) Handlung oder Unterlassung[9]) gegeben wurde[10]), und es macht auch hier keinen Unterschied, ob die Handlung hierauf vollbracht wurde oder nicht (§. 1174 pr.). Ganz ebenso auch in anderen Fällen, wenn überhaupt das Geben einen unsittlichen Zweck hatte. Darum bestimmt das Hofd. v. 6. Juni 1838 Nr. 277 J.=G.=S., daß hinsichtlich desjenigen, was dafür bezahlt oder übergeben wurde, damit Jemand bei einer öffentlichen Versteigerung als Mitbieter nicht erscheine, oder nur

26) Anders bei der neg. gestio.

27) Eine Ausnahme, den Fall der neg. gestio gleichhaltend, zu Ungunsten des unredlichen Besitzers (§. 336 b. G.=B.).

1) Insofern kann man mit Savigny V. S. 608 sagen, daß der Thatbestand der cond. ob turp. c. nur eine besondere Modification des bei der cond. ob c. dat. vorhandenen Thatbestandes enthalte.

2) Puchta §. 310, Arndts §. 343, Heimbach Rechtslex. II. S. 887, 888; vgl. auch sächs. G.=B. §. 1540.

3) Z. B. eines angedrohten Verbrechens.

4) Z. B. einer verweigerten Rückerstattung eines Depositum. Vangerow III. §. 627, Keller §. 301.

5) Sonst dürfte auch einem Beamten für angestrengte Dienstleistung keine Remuneration bewilligt, und dem, der einem Anderen das Leben rettete, kein Ehrengeschenk gereicht werden.

6) Savigny III. S. 177.

7) Arndts, Puchta und Vangerow a. a. O.

8) Der §. 1174 erwähnt in dem nämlichen Satze auch dessen, was zur Bewirkung einer unmöglichen Handlung wissentlich gegeben wurde, und schließt auch dessen Rückforderung aus: der Grund der Ausschließung der Rückforderung ist aber der, daß in diesem Falle eine Schenkung vorliegt.

9) Vgl. sächs. G.=B. §. 1544.

10) Z. B. der Lohn für ein zu begehendes Verbrechen, oder quod meretrici datur. L. 4 §. 3 D. h. t. 12. 5.

bis zu einem bestimmten Preise oder sonst nur nach einer gegebenen Maßgabe, oder gar nicht mitbiete, — die Anordnung des §. 1174 ihre Anwendung finde; das Gegebene kann sonach nicht zurückgefordert werden, mag der Empfänger seinem Versprechen gemäß gehandelt haben oder nicht, und das nur Versprochene kann nicht eingeklagt werden.[11])

Gemeinrechtlich wird für Fälle dieser Art nicht selten ein Rückforderungsrecht des Fiscus behauptet.[12]) Das östr. R. (§. 1174) verweist diesfalls auf die politischen Verordnungen, die indessen darüber wenig enthalten. Am bedeutsamsten war die Bestimmung des (jetzt aufgehobenen) Wucherpatents vom 2. Dec. 1803 (§§. 9, 21 u. a.), wonach dasjenige verfiel, was nach diesem Gesetze als wucherisch erklärt wurde. Aus dem geltenden Rechte kann noch Str.-G. §§. 104 und 105 und b. G.-B. §. 1013 genannt werden, wonach dem Armenfond verfällt, was einem Beamten oder einem fremden Machthaber als Bestechung gegeben wurde; für andere Fälle läßt sich ein Gleiches höchstens etwa auf Grund des den Behörden durch Hfkld. v 7. Jänner 1813 Nr. 1022 J.-G.-S. und Min.-Vdg. v. 30. Sept. 1857 Nr. 198 R.-G.-B. für Gesetzübertretungen überhaupt, für die keine besondere Strafe festgesetzt ist, eingeräumten arbiträren Strafrechts behaupten; allein damit dieses eintreten könne, muß selbstverständlich vorausgesetzt werden, daß der Empfänger selbst eine gesetzwidrige Handlung begangen habe.[13])

Ist nach der angegebenen Maßgabe die Rückforderungsklage begründet, so beschränkt sie sich auch dann nicht auf die bloße Bereicherung, wenn der Empfänger das Erhaltene verzehrt hat; im Falle der begründeten c. ob turp. c. ist er nämlich immer als unredlich anzusehen (arg. §. 1437)[14]); selbst die Erben müssen den vollen Werth zurückzahlen (§§. 1337, 548).

---

11) Vangerow a. a. O. Allerdings ist wesentlich, daß sich der unsittliche Zweck gewissermaßen als Entgelt des Gegebenen darstelle. Darum ist die Rückforderung nicht ausgeschlossen, wenn man zum Zweck eines unerlaubten Spiels ein Darlehen gegeben hat. (Vgl. Freudenreich Jurist XVII. S. 202 fg., dagegen Walter §. 370 mit Berufung auf Wilda, Gengler und A. L.-R. I. 11 §. 581. Auch von zwei Entsch., diese Frage betreffend in G.-Z. 1871 Nr. 27 [= Sammlung VIII. Nr. 3995, IX. Nr. 4021] beantwortet jede dieselbe in ganz verschiedenem Sinne.) — Bloße Albernheit ist aber mit Unsittlichkeit nicht zu verwechseln: was ein ganz ungebildeter Mensch einem Schatzgräber, Hexenmeister u. dgl. zum Zweck der Vornahme von Zauberkünsten gibt, kann zurückgefordert werden. Vgl. Holzschuher II. 2 S. 489, 490.

12) Vgl. Holzschuher S. 487.

13) Hienach ist klar, daß insbes. dasjenige nicht confiscirt werden kann, was Jemandem gegeben wurde, damit er nicht bei einer Versteigerung erscheine, denn dieser Empfänger handelt keineswegs gesetzwidrig: er wird vielmehr und bleibt ohne weiteres Eigenthümer des Empfangenen und es ist auch die cond. ob c. dat. ausgeschlossen.

14) Unger Der revid. sächs. Entw. S. 68; anders das sächs. G.-B. §. 1546.

§. 420. Verbindlichkeit aus drohendem Einsturz.[1])

Kann der Besitzer eines Grundstücks beweisen, daß ein benachbarter fremder Bau oder eine andere fremde Sache, z. B. ein Baum, eine Säule, ein Hügel u. s. w.[2]) Einsturz droht, und daß er dadurch Schaden leiden würde, so kann er, wenn nicht bereits die Polizeibehörde hinlängliche Vorsorge getroffen hat[3]), von dem Eigenthümer oder Besitzer der gefahrdrohenden Sache[4]), ohne Unterschied, ob dieser Schuld trägt oder nicht an der gefahrdrohenden Beschaffenheit der Sache, Sicherstellung für den befürchteten Schaden (cautio damni infecti) verlangen.[5]) Diese zunächst dem einen Nachbar gegen den anderen zustehende Berechtigung kommt nach östr. Recht jedem Besitzer, auch dem sog. Tabularbesitzer eines dinglichen Rechts, dem aus dem Einsturz Schaden droht[6]), keineswegs aber dem nur persönlich Berechtigten, z. B. dem Pachter oder Miether zu[7]), außer insoferne diese Personen den Sicherstellungsanspruch

1) Vgl. Hesse Die caut. damni inf. 2. Aufl. 1841, Ders. Rechtsverh. zw. Grundstücknachbarn (1859) I. S. 1—184, Groh Ueber die Caution wegen zukünft. Schadens (Inaug.-Diss.) München 1854, Mages Nachbarrecht S. 31—33, Puchta §. 394, Arndts §. 328, Keller §. 162, Vangerow §. 678, Windscheid §. 458 (wo auch Note ** weitere Literatur) §. 459. Sehr streitig die Einreihung der Lehre im System: Arndts, Windscheid (und Vangerow) stellen sie zu den Delicts- oder delictähnlichen Obligationen, Puchta zu den Obl. auf Abwendung künftiger Verletzungen, während Keller, Hesse und Jhering (dogm. Jahrb. VI. S. 81 fg.) sie dem Sachenrecht (Schutz des Nachbarrechts) zuweisen.

2) Da schon das röm. R. ausdrücklich nennt: vitium aedium, operis, arborum, loci, so haben den Fall, daß ein Baum Einsturz droht, hieher gerechnet Zeiller II. S. 93, Nippel III. S. 141, Ellinger ad §. 343, Mages S. 32 (mit Unrecht a. A. Stubenrauch I. S. 685). Schindler Ztschr. f. östr. R.-G. 1843 I. S. 311 fg. wendet den §. 343 auch auf den Fall eines einsturzdrohenden Hügels an — nach östr. R. ganz richtig, während es nach röm. R. allerdings unrichtig wäre (Vangerow S. 568).

3) Die Polizeibehörde schreitet nur ein, wo Menschenleben bedroht sind; besondere desfallsige Bestimmungen bestehen nur hinsichtlich der Gebäude im Str.-G.-B. §. 381 und in den Bauordnungen; erweisen sich die gewöhnlichen Ordnungsstrafen als fruchtlos, so wird das baufällige Gebäude nach vorläufiger Schätzung an den Meistbietenden überlassen, der zugleich die Verbindlichkeit der Wiederherstellung übernehmen muß (Hofd. v. 24. Aug. 1837 in Koppel's Handb. S. 218, Hofd. v. 1. Juli 1784 zum §. 387 b. G.-B.).

4) Nach röm. R. sind auch cautionspflichtig der Usufructuar, der Emphyteut, der Superficiar und der Pfandgläubiger. Windscheid §. 459, Vangerow S. 572, Keller §. 162.

5) Nach röm. R. kann (mit einigen Modificationen) die Caution auch gefordert werden, wenn Jemand etwas für ein fremdes Grundstück Gefahrdrohendes unternimmt; Vangerow S. 567, Windscheid §. 460. Diese Erweiterung kennt das östr. R. nicht.

6) Es kann daher sowohl derjenige, der an der Einsturz drohenden, als auch jener, der an der durch den Einsturz bedrohten Sache Pfandrecht oder Servitutsrecht hat, die Caution begehren. S. folgende Note a. E.

7) Nach röm. R. können die Caution fordern Alle, welchen an der gefährdeten Sache ein dingliches oder persönliches Recht zusteht; ob auch der bonae fid. poss. derselben, ist streitig (Keller §. 162, Windscheid §. 459, Vangerow S. 569—571). Der Schaden muß aber dem Grundstück, nicht Personen oder beweglichen Sachen drohen (Keller a. a. O.), nur können nach L. 13 §. 5 D. 39, 2 die inquilini des gefährdeten Prädium gleichfalls Caution fordern (Windscheid §. 459 Note 6). — Für das östr. R.

in Betreff ihrer Illaten[8]) geltend machen[9]) (§. 343). Die Sicherstellung ist nach §§. 1373, 1374, d. h. durch Bestellung von Pfand oder Bürgschaft zu leisten[10]), und umfaßt auch das außerordentliche Interesse.[11]) Wegen der Dringlichkeit der Sache wird der Sicherstellungsanspruch nach den Regeln des summarischen Besitzstörungsprocesses[12]) verfolgt (§. 15 des Gesetzes über den Besitzproceß), wobei der Kläger neben der nahen Gefahr des Einsturzes nur seinen Besitz (nicht auch das Eigenthum der bedrohten Sache oder die Zuständigkeit des gefährdeten dinglichen Rechts) zu erweisen braucht; dem entsprechend ist aber auch die Entscheidung insoferne nur eine provisorische[13]), als sie keinen Theil hindert, im ordentlichen Processe (in welchem der zunächst sachfällig Gewordene als Kläger aufzutreten hat und wo es dann allerdings auf den Nachweis der Existenz oder Nichtexistenz des bedrohten Rechts ankommt) eine der wirklichen Rechtslage besser entsprechende Entscheidung anzustreben (§. 15 cit.).[14]) Daraus[15]) ergibt sich denn auch, daß, wer Eigenthümer, nicht aber auch Besitzer der bedrohten Sache ist, zwar nicht im Wege des summarischen Besitzstörungsverfahrens, wohl aber im ordentlichen Proceßwege auf Sicherstellung zu dringen berechtigt ist.

Das auf Sicherstellung lautende richterliche Erkenntniß braucht die Art, in welcher die Sicherstellung zu leisten ist, und den Betrag, welcher durch dieselbe zu bedecken ist, nicht auszudrücken[16]); dies ist Sache der Execution, mittelst welcher die Sicherstellung nach den gewöhnlichen Grundsätzen zu erzwingen ist.[17]) Selbst nach erfolgter Verurtheilung

---

behaupten Nippel III. S. 141 und Stubenrauch I. S. 684, daß der an der Einsturz drohenden Sache Pfand- oder Servitutsberechtigte keinen Anspruch auf die Sicherstellung habe; allein dies widerspricht schon dem Wortlaut des §. 343; auch ist die im röm. R. ausgesprochene Subsidiarität dieses Rechtsmittels (Vangerow S. 583, 584) bei uns nicht recipirt.

8) Rücksichtlich dieser erscheinen auch sie als Besitzer eines dinglichen Rechts.

9) Vgl. L. 13 §. 5 D. de damno inf. 39. 2.

10) Im röm. R. in der Regel durch Verbalcaution (Vangerow S. 572, 573).

11) Es ist also nicht nur der Werth des bedrohten Hauses sicherzustellen, sondern auch der aus den subjectiven Verhältnissen seines Besitzers sich ergebende Schaden, z. B. die Behinderung in der Fortsetzung des Gewerbes. Nach röm. R. muß auch das lucrum cessans sichergestellt werden. Vangerow S. 575, Windscheid §. 459.

12) Der Natur der Sache nach ist aber die 30tägige Frist zur Anbringung der Klage hier nicht maßgebend.

13) Im röm. R. tritt das Provisorische in dem Charakter dieses Rechtsmittels darin hervor, daß es zunächst der Nachweisung des Rechts nicht bedarf, sondern nur seiner Anführung und des Calumnieneides; das Recht muß erst erwiesen werden, wenn (etwa nach erfolgtem Einsturz) aus der Stipulation auf Schadenersatz geklagt wird (Keller §. 162, Windscheid §. 459, Vangerow S. 571).

14) Wird der Beklagte im possessorischen Wege sachfällig, so kann er den Beweis, daß Kläger nicht Eigenthümer sei, der Regel nach wohl auch der späteren Entschädigungsklage entgegenstellen; doch wird ihn dieser Beweis nicht immer befreien, da auch der bloße Besitzer einen Schaden leiden kann (§§. 329, 330 b. G.-B.).

15) Eben aus §. 15 cit.

16) Die Umständlichkeit des hiezu erforderlichen Beweises widerspricht der summarischen Natur des vorgeschriebenen Verfahrens.

17) Die executive Intabulation des auf Sicherstellung lautenden possessorischen

kann aber der Beklagte der wirklichen Sicherheitsleistung dadurch sich entziehen, daß er die zur Hintanhaltung des Einsturzes erforderlichen Vorkehrungen in ausreichendem Maße trifft; dagegen hat der Gefährdete allerdings kein directes Klagrecht zur Erzwingung solcher Vorkehrungen, und ebensowenig steht ihm die Berechtigung zu, diese Vorkehrungen (die Stützung des baufälligen Gebäudes) selbst vorzunehmen[18]); hätte er sie aber — nicht wider den ausgesprochenen Willen des Eigenthümers — vorgenommen, so müßte er als Geschäftsführer ohne Auftrag behandelt werden.[19]) So bildet die Sicherstellungsklage, wo nicht der polizeiliche Schutz eingreift, ein indirectes Zwangsmittel zur Veranlassung der erforderlichen Schutzmaßregeln. Uebrigens ist die Cautionsverbindlichkeit derart auf dem cautionspflichtigen Grundstücke haftend, daß sie auf jeden Besitzer desselben übergeht[20]); eben darum kann sich auch der Besitzer durch Dereliction des Grundstücks oder Ueberlassung desselben an den Gefährdeten von jeder Sicherstellung befreien[21]), und daraus ergibt sich weiter, daß die Sicherstellungssumme in keinem Falle den Werth dieses Grundstücks zu übersteigen braucht.[22]) Ebenso ist auch umgekehrt (activ) der Sicherstellungsanspruch insofern an ein Grundstück gebunden, als ihn der jedesmalige Eigenthümer oder Besitzer der Sache oder Inhaber des dinglichen Rechts geltend machen kann.[23]) Nicht das Gleiche gilt dagegen von dem Ersatzanspruch aus der geleisteten Sicherstellung: dieser steht nur demjenigen zu, dem die Sicherstellung geleistet wurde (dem Sicherstellungskläger), bezw. seinem Erben oder Cessionar.[24])

Erfolgt nun der Einsturz und aus ihm eine Beschädigung, so entsteht, insoweit nicht ein Verschulden vorliegt, ein Anspruch auf Ersatz nur aus und nach Maßgabe der geleisteten Sicherstellung, also nur bis zum Werthe des bestellten Pfandes bezw. bis zu dem allfällig festgesetzten Maximum des Haftungsbetrages, — und nur für jene Sache und zu Gunsten jener Person, für welche die Sicherstellung geleistet wurde.[25]) Denn

---

Erkenntnisses ist (trotz des, nur von Besitzstörungserkenntnissen handelnden, Hofd. v. 1. Juli 1835) zulässig, da dieses Erkenntniß nicht eigentlich ein possessorisches, sondern vielmehr ein provisorisches (§. 15 cit.) ist. — Nach röm. R. erfolgt, wenn die Caution in gehöriger Frist nicht geleistet wird, missio in poss. ex primo decreto, wodurch der Kläger Mitbesitzer wird und das Recht erlangt, die erforderlichen Vorkehrungen gegen den Einsturz selbst zu treffen; wurde die Caution auch hienach nicht geleistet, so gelangte die Sache durch missio ex secundo decreto in den Alleinbesitz des Klägers, der damit auch in die conditio usucapiendi kam. Windscheid §. 459, Keller §. 162 S. 308.

18) Dagegen mit Unrecht Nippel III. S. 141.

19) Stubenrauch I. S. 685.

20) Dies gilt ja im Allgemeinen für alle aus dem Nachbarrecht hervorgehenden Verpflichtungen.

21) Windscheid §. 458 Nr. 2, Vangerow S. 583, Mages S. 53; mit Unrecht (für das östr. R.) dagegen Schindler a. a. O. S. 318 und Stubenrauch III. S. 685.

22) Windscheid a. a. O. Nr. 2. Ungegründet ist die Behauptung Schindler's (a. a. O. S. 316), daß nach östr. R. der Besitzer eines Hügels von geringem Werthe dem Eigenthümer eines werthvollen Landhauses volle Sicherstellung gewähren müsse.

23) Vangerow S. 570, 571.

24) Vangerow S. 575.

25) Hat Derjenige, dem für sein Haus A Caution geleistet wurde, später auch

wo ein Verschulden nicht vorliegt, muß die Beschädigung als eine zufällige angesehen werden, und für eine zufällige Beschädigung haftet — abgesehen von besonderen gesetzlichen Bestimmungen — Niemand (§. 1311). Daher kann auch hier der Entschädigungsanspruch nur aus dem von dem Besteller der Caution bei Gelegenheit ihrer Bestellung ausdrücklich oder stillschweigend abgegebenen Versprechen, den Schaden zu ersetzen, also aus einem Vertrage hergeleitet werden[26]), und die Wirkung des Vertrages kann nicht weiter gehen, als sein eigener Inhalt mit sich bringt. Erfolgte also ein Einsturz, bevor noch eine Sicherstellung geleistet wurde, so muß, da es nun einen Sicherstellungsanspruch nicht mehr gibt, der Schaden als ein zufälliger von dem Beschädigten getragen werden.[27]) Anders ist zu entscheiden, wenn dem Besitzer der gefahrdrohenden Sache ein Verschulden zur Last fällt; dies ist schon dann der Fall, wenn er einen Bau mit Verabsäumung der gesetzlich vorgeschriebenen Vorsichtsmittel führt, oder wenn er bei drohendem Einsturz eines Gebäudes nicht rechtzeitig die gesetzlich angeordnete Besichtigung durch Sachverständige und Stützung (Str.-G.-B. §. 381) eingeleitet hat; hier muß er, mag er nun Sicherstellung geleistet haben oder nicht, für allen hieraus erfolgenden Schaden aufkommen (§. 1311 b. G.-B.). Insoweit ihm aber das Gesetz solche Vorkehrungen nicht zur Pflicht macht[28]), ist er für die Unterlassung derselben nicht verantwortlich und kann daher nur in dem indirecten Wege des §. 343 b. G.-B. zur Vornahme derselben angehalten werden.

Der Entschädigungsanspruch muß, wo ihn der Verpflichtete hinsichtlich des Quale und Quantum nicht freiwillig anerkennt, im besonderen Rechtswege geltend gemacht werden[29]); die geleistete Sicherstellung sichert nur den Erfolg der Execution. Wurde die Sicherstellung im possessorischen Wege zuerkannt, so steht dem auf Entschädigung Geklagten noch immer die Einrede zu, daß der Kläger nicht Eigenthümer der beschädigten Sache sei und daher thatsächlich einen Schaden nicht erlitten habe.[30])

---

das angrenzende Haus B erworben, und werden durch den Einsturz beide Häuser beschädigt, so kann aus der Caution doch nur Ersatz für das Haus A gefordert werden; hat sich der Miteigenthümer X Caution bestellen lassen, so gilt sie nicht auch für den Miteigenthümer Y (Vangerow S. 574, 571).

26) Ebenso nach röm. R. Keller a. a. O., Windscheid §. 458 Nr. 1, Vangerow S. 568.

27) Ebenso in der Regel nach röm. R. Vangerow S. 581 fg., Keller S. 308, 309, Windscheid Nr. 1. Mit Unrecht lehren Kirchstetter S. 162 und Mages S. 33, daß dem Besitzer der eingestürzten Sache immer ein Verschulden zur Last falle, daher er auch ohne Cautionsleistung ersatzpflichtig sei. Man denke nur an Einsturz durch Erdbeben, Bombardement u. dgl., insbes. in Abwesenheit des Besitzers der einstürzenden Sache.

28) So besteht z. B. keine Verpflichtung, gegen Erdabrutschungen Vorsorge zu treffen.

29) Vgl. Vangerow S. 573—576.

30) Auch im röm. R. wird die Eigenthumsfrage erst im Entschädigungsproceß ausgetragen. — Daß übrigens dem Beklagten diese Einrede nicht immer helfen kann, darüber vgl. Note 14.

§. 434. Rechtliche Wirkungen des ehelichen Verhältnisses in personenrechtlicher Beziehung.

In Beziehung auf die persönlichen Rechtszustände der Ehegatten bewirkt die Eheschließung:

1) Die sog. eherechtliche Genossenschaft, d. i. die Gemeinsamkeit des Namens, des Standes und des Wohnsitzes[1]), daher auch des Gerichtsstandes der Gatten, und zwar folgt hierin die Frau dem Manne (§. 92). Sowie hienach die Frau die Standesvorzüge des Mannes, insbesondere seinen Adel erhält, so verliert sie umgekehrt die höheren Standesvorzüge ihrer Geburt, wenn sie einen Mann von niederem Stande heirathet. Danach wären Ehen zur linken Hand bei österreichischen Staatsbürgern nur im Wege eines Privilegiums möglich. — Den Namen und den Stand des Mannes behält die Ehegattin auch nach seinem Tode; ob das Gleiche auch nach erfolgter Trennung bei Lebzeiten beider gilt, ist streitig; die Frage ist wohl zu bejahen, da die Analogie von dem Falle der Auflösung der Ehe durch den Tod dafür spricht.[2]) Keinesfalls gilt aber das Nämliche auch für den Fall der Ungiltigerklärung der Ehe.[3])

2) Die ehemännliche oder hausherrliche Gewalt, d. i. die Berechtigung des Mannes, das Hauswesen zu leiten (§. 91) und von der Frau zu fordern, daß sie ihm nicht nur in seinen Wohnsitz folge, sondern auch bei der Haushaltung und Erwerbung nach Kräften beistehe, und, soweit es die häusliche Ordnung fordert, die von ihm getroffenen Maßregeln sowohl selbst befolge, als befolgen mache (§. 92). Er ist das Haupt der Familie (§. 91). Die Frau könnte sich daher, da die Verrichtung der in ihren häuslichen Wirkungskreis fallenden Verrichtungen ihre Pflicht ist, von dem Manne für die Dienste, die sie im Hause leistet, einen Lohn nicht bedingen[4]); jedes dafür bedungene oder geleistete Entgelt müßte als Schenkung behandelt werden. Ohne Zweifel ist diese dem Manne über die Handlungen seiner Frau zustehende rechtliche Macht weniger intensiv, als die väterliche und die elterliche Gewalt; gleichwohl fällt auch sie jedenfalls unter den Begriff einer familienrechtlichen Gewalt (potestas), denn einerseits charakterisirt sie sich als eine in dem Leitungsrechte der Handlungen der Frau manifestirende Superiorität des Mannes, und andererseits besteht auch rücksichtlich ihrer (bis zu einer gewissen Grenze §. 93)[5]) die Verpflichtung zur Ausübung. Wie jede

---

1) Eine Ausnahme von der Regel des gemeinsamen Wohnsitzes gilt bei den Gattinnen der auf die zweite Art verheiratheten Militäristen, da sie dem Manne in die Kaserne oder in das Feld nicht folgen dürfen (§. 35 des Mil.-Heirathsnorm.).

2) So auch Kirchstetter S. 94, Nippel II. S. 137, Pachmann, Kirchenr. 3. Aufl. II. S. 410, Hermann im Civ.-Arch. XLV. S. 331, 332; dagegen Dolliner IV. S. 250, Ellinger ad §. 117.

3) In solchem Falle waren ja Namen und Stand des Mannes der Frau nur irrigerweise beigelegt worden.

4) Entscheid. G.-Z. 1856 Nr. 139 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 22].

5) Die Ehegatten dürfen nämlich die eheliche Gemeinschaft nicht eigenmächtig aufheben; diese erzeugt aber die in den §§. 91, 92 erwähnten Rechte des Mannes.

familienrechtliche Gewalt ist sie ein wahres Privatrecht (vgl. Bd. I. Ausf. §. 27), und kann daher auch gerichtlich geltend gemacht werden; die Intimität des ehelichen Verhältnisses einerseits, andererseits aber das öffentliche Interesse, auf welches hiebei ebenfalls Bedacht zu nehmen war, bringt es jedoch mit sich, daß hierüber keinem Rechtsstreite der Parteien stattgegeben werden darf, sondern über Beschwerde des einen Theils im officiosen Wege entschieden werden muß.[6]) (Vgl. b. G.-B. §§. 107, 108, 117, 142, Einf.-Ges. z. H.-G.-B. §. 6.)

Im östr. Recht begreift jedoch die eheherrliche Gewalt, anders als in den meisten Staaten Deutschlands, nicht wesentlich in sich ein Verwaltungsrecht des Mannes rücksichtlich des Vermögens der Frau; zwar steht ihm diese Verwaltung, so lange die Frau nicht widersprochen hat, zu, allein die Frau kann dieselbe, wenn sie ihm nicht vertragsmäßig überlassen worden ist, zu jeder Zeit an sich ziehen (§§. 1238, 1240); sie kann sich also auch ohne Mitwirkung ihres Mannes vollwirksam verpflichten, und für die von ihr contrahirten Schulden haftet ihr ganzes Vermögen. Nach allgemeinen Grundsätzen müßte sie daher auch berechtigt sein, selbständig Handelsgeschäfte zu treiben; im Hinblick auf die wichtige Bestimmung des H.-G.-B. (Art. 8) jedoch, wonach sie durch die Handelsschulden ihr Vermögen ohne Rücksicht auf die Rechte des Mannes belastet, so daß ihm die Handelsgläubiger vorgehen, hat das Gesetz bestimmt, daß die Frau ohne Einwilligung des Mannes nicht Handelsfrau sein kann (H.-G.-B. Art. 7). Dieses Einwilligungsrecht des Mannes bildet also einen besonderen Annex der ehemännlichen Gewalt. Damit aber andererseits jeder Mißbrauch dieses Rechtes des Mannes hintangehalten werde, bestimmt §. 6 des Einf.-Ges. zum H.-G.-B., daß die mangelnde Einwilligung des Mannes durch den Ausspruch des Gerichts ersetzt werden kann, wenn sich aus der amtlich zu pflegenden Verhandlung ergibt, daß durch den Handelsbetrieb der Frau die Rechte des Mannes einer Gefährdung nicht ausgesetzt werden.[7])

Die ehemännliche Gewalt ist ein absolutes Recht, d. h. sie zeigt sich nicht nur gegenüber der Ehegattin wirksam, sondern auch gegenüber jedem Dritten, mit anderen Worten, es kann nicht nur die Ehegattin gerichtlich gezwungen werden, dem Manne in seinen Wohnsitz zu folgen, sondern der Mann hat auch gegen denjenigen ein Klagrecht[8]), der ihm seine Gattin aus was immer für einem Grunde vorenthalten will. Dies ergibt sich aus §. 1458 a. E., worin ein Besitzesschutz zu Gunsten des

6) Nach einer Specialentsch. des Cultusmin. v. 1. März 1868 Z. 825 (Verw.-Ztschr. 1868 Nr. 20) gehört die Handhabung des ehemännlichen Anspruchs, daß ihm die Frau in seinen Wohnsitz folge, zur Competenz der Gerichte. Ebenso Entscheid. G.-Z. 1872 Nr. 39 [= Sammlung IX. Nr. 4386], wonach es aber zu diesem Zwecke nicht eines förmlichen Processes bedarf. Abweichend Entsch. G.-H. 1868 Nr. 4 [= Sammlung VI. Nr. 2869].

7) Die Neuheit der ganzen Bestimmung für das östr. R. erweist am deutlichsten §. 52 des cit. Einf.-Ges., wonach sie auf ältere von Frauen errichtete Handelsniederlassungen nicht zu beziehen ist.

8) Wir können es als actio de uxore exhibenda et ducenda bezeichnen.

Gatten und auch desjenigen Dritten, der gleiche Familienrechte redlicher Weise ausübt (z. B. seine vermeintliche Gattin bona fide zurückhält), normirt wird. Da jeder Besitzschutz darauf abzielt, die Beweislast für den definitiven Proceß zwischen dem Besitzer und seinem Gegner zu reguliren, so muß außer der Besitzesklage des §. 1458 auch eine definitive Klage zwischen den beiden Streittheilen zulässig, somit der oben erwähnte Anspruch auch gegen Dritte möglich sein.

Von der Geschlechtsvormundschaft des älteren Rechts findet sich im heutigen östr. Recht keine Spur. Die dem Manne zukommende Vertretung seiner Frau (§. 91 b. G.-B., vgl. unten §. 435) ist, wenngleich in beschränktem Maße, auch dem röm. Recht bekannt.

Als besondere personenrechtliche Wirkungen des ehelichen Verhältnisses nennt das b. G.-B. (§. 90) auch die beiden Ehetheilen gleichmäßig obliegende Verbindlichkeit zur ehelichen Pflicht, zur Treue und anständigen Begegnung. Diese Pflichten sind aber sicher nur von rein sittlicher, nicht von rechtlicher Natur.

§. 437. Begriff, Gegenstand und Bestellung des Heirathsgutes.

Durch die Eheschließung entsteht die Nothwendigkeit, gewisse, sonst nicht bestehende, beiden Ehegatten gleichmäßig zur Last fallende Kosten, nämlich die Kosten des Haushalts und der Kindererziehung (sog. eheliche Lasten, ehelicher Aufwand) zu bestreiten. Es erscheint demnach billig, daß die Frau, welche trotz der Eheschließung Alleineigenthümerin ihres Eingebrachten bleibt[1]), zur Bestreitung dieses Aufwandes einen angemessenen Beitrag leiste. Diese Billigkeit anerkannte schon das röm. Recht in dem Institute der Dos, welche eben die Bestimmung hatte, einen Beitrag der Frau zur Bestreitung der onera matrimonii zu bilden (Dotalsystem).[2]) Dieses Institut ging unter dem Namen Heirathsgut auch in das östr. Recht über. Man versteht unter Heirathsgut (Brautschatz, Mitgift) Alles, was von der Frau oder für sie von einem Dritten dem Manne als Beitrag behufs Bestreitung der ehelichen Lasten zugewendet wird[3]) (§. 1218). Die zu diesem Zwecke dem Manne von der Frau oder dem Dritten gemachte Vermögenszuwendung wird Bestellung des Heirathsgutes genannt, mag sie nun blos in einem obligatorischen Vertrage oder in der sofortigen Reichung des Beitrags oder in einer sonstigen Gewährung eines vermögensrechtlichen Vortheils bestehen. Regelmäßig erfolgt die Bestellung aus dem Vermögen der Frau oder aus dem Vermögen ihrer Eltern; die letzteren sind dazu verpflichtet, wenn die Frau selbst kein zu einem Heirathsgute hinlängliches Vermögen besitzt (§. 1220); es kann aber auch jeder Dritte freiwillig ein Heirathsgut bestellen. Die Reichung muß an den Mann, und zwar zur dauernden Bestreitung des ehelichen Aufwandes

1) Wenn nämlich nicht in den Ehepacten etwas anderes vereinbart wurde.

2) Vgl. Gerber §. 230 Note 1.

3) Baron §. 331. Die Schlußworte des §. 1218 b. G.-B. („übergeben oder zugesichert wird") weisen auf den Unterschied des dotem dare und dotem promittere hin. Kirchstetter S. 576 Note 1.

erfolgen; darum ist die sog. Ausstattung, welche sowohl der Mann als die Frau in die Ehe mitbringen kann (§§. 788, 1231), und welche in Kleidern oder in Gegenständen zur ersten Einrichtung des Hauswesens bestehend, nicht dem Manne übergeben wird, nicht als Heirathsgut anzusehen.[4])

Ob und unter welchen Voraussetzungen die Bestellung des Heirathsgutes als Schenkung aufzufassen sei, ist eine alte, noch immer nicht ausgetragene Streitfrage.[5]) Daß die Dotalbestellung durch die Eltern der Braut nicht als Schenkung an die letztere anzusehen ist[6]), ergibt sich einerseits daraus, daß die Eltern dazu verpflichtet sind[7]), andererseits daraus, daß die Tochter, wenn ihr auch nach Auflösung ihrer Ehe das Heirathsgut der Regel nach zufällt (§. 1229), hiedurch dennoch nicht bereichert erscheint, da der fragliche Betrag ihr von ihrem Erb- und Pflichttheil abgerechnet wird (§§. 788, 790). Nur dann und soweit müßte allerdings das Vorliegen einer Schenkung angenommen werden, wenn und wie weit das empfangene Heirathsgut den ihr zukommenden Erbtheil offenbar übersteigt — nur wird dies freilich bei Lebzeiten der Eltern mit Hinsicht auf §§. 1220, 1221 b. G.-B. nur annähernd bestimmt werden können. Bestellt hingegen ein Dritter, der dazu nicht verpflichtet ist[8]), ein Heirathsgut, so erscheint zwar die Frau als bereichert, kann aber gleichwohl nur dann als Geschenknehmerin angesehen werden, wenn sie Mitcontrahentin des Bestellungsactes ist[9]), da jede Schenkung einen Vertrag mit dem Beschenkten voraussetzt (§. 938). Dagegen ist der Mann als Geschenknehmer anzusehen, wenn er von der Rückstellung des Heirathsgutes befreit worden ist (§. 1229); ist dies nicht der Fall, muß der Mann das Heirathsgut restituiren, so erscheint er keineswegs als bereichert[10]) durch die ihm zufallenden Einkünfte aus dem Heirathsgut; denn der Genuß des Heirathsgutes durch den Mann ist lediglich die Form, in welcher die der Frau obliegende Beitragleistung zu dem ehelichen Aufwande berichtigt wird, also eine Schuldzahlung.[11]) Nur wenn vorliegt,

4) Winiwarter IV. S. 426, 427, Entsch. G.-Z. 1859 Nr. 137 [= Sammlung II. Nr. 661].

5) Vgl. Pratobevera Ztschr. f. R. u. St. 1827 I. S. 1 fg., Prockner ebda. 1825 II. S. 278, Gspan ebda. 1836 I. S. 283, Swoboda G.-Z. 1870 Nr. 70, 71, Winiwarter IV. S. 426, Ellinger ad §. 1219, Stubenrauch III. S. 418, 419, Kirchstetter S. 576.

6) Dies wird ziemlich allgemein zugegeben (auch für das röm. R). Nur Pratobevera, Gspan und Kirchstetter a. a. O. meinen, es liege eine Schenkung an die Braut vor, wenn das Heirathsgut das Maß der den Eltern obliegenden Verpflichtung übersteigt. Vgl. dagegen Entscheid. G.-H. 1863 Nr. 13 [= Sammlung IV. Nr. 1631].

7) Die Erfüllung einer klagbaren Verpflichtung enthält keine Schenkung (§. 940).

8) Z. B. der Pflegevater der Braut.

9) Das wird insbesondere dann der Fall sein müssen, wenn die Frau Eigenthümerin des Heirathsgutes werden soll, weil ohne Tradition der Eigenthumsübergang nicht stattfindet.

10) Also nicht als Geschenknehmer.

11) So auch Pratobevera a. a. O. und Stubenrauch S. 412, 419, aber freilich aus dem nicht zutreffenden Grunde, daß der Mann eine Gegenleistung übernehme; ferner Entsch. G.-Z. 1870 Nr. 71, G.-H. 1871 Nr. 49 [= Sammlung VII. Nr. 3636, IX. Nr. 4005] und in Ztschr. f. R. u. St. 1827 I. S. 4, 5 Anm. [= Peitler 2. Aufl. Nr. 984]; dagegen wird die Anschauung, der Mann werde

daß der Mann der Frau diese Beitragsleistung nachgesehen hat[12]), und ein Dritter, hiezu nicht Verpflichteter ein Heirathsgut dennoch bestellt, müßte diese Bestellung als eine Schenkung der Einkünfte des Heirathsgutes an den Mann angesehen werden.

Die Frage, ob die Heirathsgutbestellung als eine Schenkung anzusehen sei oder nicht, hat zwar im heutigen östr. Recht nicht mehr jene Wichtigkeit, wie vordem, wo davon die Beantwortung der Frage abhing, ob die mündliche Bestellung eines Heirathsguts klagbar sei oder nicht (§. 943 b. G.-B.); denn nach dem Gesetz v. 25. Juli 1871 bedürfen sowohl Schenkungen ohne Uebergabe, als auch Ehepacte zu ihrer Giltigkeit eines Notariatsactes; gleichwohl ist die Frage auch jetzt noch immer von Bedeutung wegen der den Schenkungen anklebenden Widerruflichkeit (§. 947).[13])

Die Bestellung eines Heirathsgutes selbst ist niemals, selbst dann nicht eine Verfügung von Todeswegen, wenn die Frau das Heirathsgut bestellt und den Mann von der Rückzahlungspflicht befreit, da hier der Mann schon bei Lebzeiten der Frau das unbeschränkte Eigenthum des Heirathsgutes erlangt.[14]) Es bedarf sonach zur Bestellung des Heirathsgutes durch die Ehefrau niemals der zur Errichtung einer letztwilligen Anordnung erforderlichen Formen.

Als Heirathsgut kann Alles bestellt werden, was veräußerlich und einen dauernden Nutzen abzuwerfen geeignet ist (§. 1227 pr.). Nicht geeignet hiezu wäre also z. B. eine der Gattin zustehende Personalservitut, oder eine, wenn auch noch so werthvolle, Naturaliensammlung. Am geeignetsten sind nutzbringende körperliche Sachen, insbesondere Geldsummen; die Bestellung kann aber auch geschehen durch Abtretung oder Anweisung einer Forderung, durch Bestellung einer Servitut, durch Befreiung von einer Eigenthumsbeschränkung oder von einer Schuldzahlung u. s. f.[15])

Ein Klagerecht auf Reichung eines Heirathsgutes hat der Mann nur dann, wenn er sich ein Heirathsgut, und zwar in der gesetzmäßig vorgeschriebenen Form, bedungen hat. Dies kann zwar vor wie nach der Eheschließung geschehen[16]); geschah es aber vor der Eheschließung nicht,

---

durch die Früchte des Heirathsgutes bereichert (er sei beschenkt), vertreten von Swoboda a. a. O., weil die Ehelichung oder die Tragung der ehelichen Lasten nicht als Entgelt für das versprochene Heirathsgut angesehen werden könne, ferner von Kirchstetter a. a. O., weil der Mann sonst die ehelichen Lasten allein aus seinem Vermögen zu bestreiten genöthigt gewesen wäre; ebenso Ellinger ad §. 1219, Entsch. in Ztschr. f. R. u. St. 1827 I. S. 1—10, G.-H. 1870 Nr. 60 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 983, Sammlung VIII. Nr. 3807].

12) Dies wird insbesondere anzunehmen sein, wenn er sie ohne vorausgehende Zusicherung eines Heirathsguts geehelicht hat.

13) [Vgl. auch Anfechtungsges. vom 16. März 1884 Nr. 36 R.-G.-Bl. §. 3 pr. §. 30 pr.].

14) Entscheid. G.-H. 1866 Nr. 65 [= Sammlung V. Nr. 2500].

15) Baron §. 332, Windscheid §. 494.

16) Aus der eigenthümlichen Fassung des §. 1225 könnte man zu folgern versucht sein, daß das Heirathsgut nicht gefordert werden könne, wenn es erst nach geschlossener Ehe bedungen wurde.

so ist anzunehmen, daß er die Bestreitung des ehelichen Aufwands ausschließlich übernommen habe, und er kann also von der Frau einen Beitrag[17]) weiter nicht mehr in Anspruch nehmen (§. 1225). Das vor der Eheschließung bestellte Heirathsgut wird, wenn nicht eine andere Zeit festgesetzt wurde, mit der Eheschließung fällig (§. 1225 i. f.).

Bestellt die Frau selbst das Heirathsgut aus ihrem eigenen Vermögen, so steht ihr, wenn sie volljährig ist, die Art der Bestellung vollkommen frei; sie kann diesfalls mit ihrem Manne beliebige Verabredungen treffen. Ist sie aber minderjährig (pflegebefohlen), so bedarf es zur Giltigkeit der Bestellung nebst der Zustimmung ihres ehelichen Vaters oder Vormunds auch der Genehmigung des vormundschaftlichen Gerichts (§. 1219). Nur in jenen Ausnahmsfällen, in welchen auch Minderjährige selbständig Verbindlichkeiten eingehen können[18]), dürfen sie auch ohne Intervention ihrer Vormundschaft ein Heirathsgut bestellen.[19])

§. 442. Gesetzlicher Alimentationsanspruch nach aufgelöster Ehe.

1) Der Anspruch der Ehegattin auf anständige Alimentation, den sie nach §. 91 b. G.-B. gegen den Ehemann hat, erlischt mit dem Tode des Mannes[1]), oder nach sonstwie erfolgter Trennung der Ehe (oben §. 440). Um jedoch dieses Erlöschen nicht so grell hervortreten zu lassen, bestimmt das Gesetz (in Anlehnung an das deutsche Recht)[2]), daß der Witwe noch durch sechs Wochen nach dem Tode des Mannes, und, wenn sie schwanger ist, bis nach Ablauf von sechs Wochen nach ihrer Entbindung die gewöhnliche Verpflegung aus der Verlassenschaft des Mannes gebühre (§. 1243). Dieser Alimentationsanspruch ist durchaus verschieden sowohl von dem des §. 91 b. G.-B. (oben §. 440), als auch von dem des §. 796 (s. unten Z. 2): Er gebührt (abweichend von §. 1260), da das Gesetz nicht unterscheidet, auch gegen den überschuldeten Nachlaß[3]); und er steht der Witwe auch dann zu, wenn sie (z. B. weil sie selbst wohlhabend ist) auf den Unterhalt nach §. 796 keinen Anspruch hat; einer geschiedenen Gattin kann er nicht zugesprochen werden, da der

---

In der That wollte aber das Gesetz nur sagen, daß der Ersatz des ehelichen Aufwandes nicht gefordert werden kann, wenn er nicht vor geschlossener Ehe in Form einer Heirathsgutberedung ausbedungen wurde.

17) Etwa auf Grund des §. 1042 b. G.-B.

18) Z. B. die außer der elterlichen Verpflegung stehenden Minderjährigen in Betreff des durch eigenen Fleiß erworbenen Vermögens (§. 151).

19) Oder einen sonstigen Ehepact abschließen.

1) Daher muß denn auch ein diesen Alimentenanspruch betreffender Vergleich oder Urtheil nach dem Tode des Mannes seine Wirksamkeit verlieren. Hfkrgsr.-Vdg. v. 7. Juli 1847.

2) Nach deutschem R. sollte die Erbschaft 30 Tage nach dem Tode des Erblassers in dem Zustande bleiben, in welchem sie sich zur Todeszeit befunden hatte (Walter §. 414, Mittermaier §. 145, Homeyer der Dreißigste (Berlin 1864), Siegel in krit. Vjschr. VII. S. 275 fg.). Darum hatte auch die hinterbliebene Witwe das Recht des dreißigtägigen Fortgenusses der Wohnung und des gesammten Nachlasses. Sachsensp. I. 20. §. 2, 22. §. 1.

3) Sammlung IV. Nr. 1639. Mit Unrecht bestreitet dies Kirchstetter S. 586.

§. 1243 einen bereits bestehenden unmittelbaren Genuß des von dem Manne hinterlassenen Vermögens voraussetzt, in welchem Genusse eine geschiedene Gattin sich nicht befindet.[4]) Ist die (nicht geschiedene) Witwe schwanger, so müssen auch die Entbindungskosten zu den ihr gebührenden Verpflegungskosten gerechnet werden; denn der Mann würde auch diese zu bestreiten gehabt haben.[5])

2) Unabhängig von der sechswöchentlichen Verpflegung der Witwe und ebenso von dem Alimentationsanspruch des §. 91 b. G.-B. tritt unter Umständen nach dem Tode des einen oder anderen Ehetheils zu Gunsten des Ueberlebenden ein besonderer Alimentationsanspruch ins Leben, welcher ebenso gut dem Manne wie der Frau zusteht. Dem überlebenden Ehegatten gebührt nämlich, wenn für ihn für diesen Fall in den Ehepacten keine besondere Versorgung bedungen worden ist[6]), und wofern er nicht von dem verstorbenen Gatten und zwar durch seine eigene Schuld geschieden worden ist, so lange er nicht zu einer weiteren Ehe schreitet, aus dem Nachlasse der anständige Unterhalt so weit, als er ihn nicht aus eigenem Vermögen zu decken vermag (§. 796). Der Anspruch entfällt also, wenn was immer für eine, wenn auch noch so geringe Versorgung bedungen ist[7]); dagegen entfällt er nicht, wenn dem überlebenden Ehegatten zwar ein Intestaterbtheil aus dem Nachlaß des anderen Gatten gebührt, dieser Erbtheil aber zur Bestreitung seines anständigen Unterhalts nicht ausreichend erscheint.[8]) Dieser Unterhaltsanspruch geht dem Ueberlebenden auch nicht verloren wegen seiner Erbunwürdigkeit oder solcher Thatsachen, welche den Untergang bereits erworbener Erbrechte zur Folge haben (vgl. §. 121 b. G.-B.), eben weil dieser Anspruch kein Erbanspruch ist.[9]) Zuständig ist der Unterhaltsanspruch dem Gatten gegen alle Erben, nicht etwa blos gegen die Descendenten.[10]) Nach alledem kann nicht zweifelhaft sein, daß der Alimentenanspruch nach §. 796 auf ganz anderen Vorbedingungen ruht, als jener der Ehegattin während bestehender Ehe, namentlich da er auch dem überlebenden Manne zusteht; es begreift sich daher von selbst, daß aus einem Urtheil bezüglich des

---

4) Insbesondere wird auch das Recht, die erblasserische Wohnung weiter zu benutzen, unter der sechswöchentlichen Verpflegung mitverstanden; der geschiedenen Gattin steht aber ein solches Recht nicht zu.

5) Winiwarter III. S. 760.

6) Z. B. in Form eines Witwengehaltes, einer Widerlage u. dgl.

7) Winiwarter III. S. 410, Kirchstetter S. 389; der Letztere weist darauf hin, daß ähnlich auch nach röm. R. nur die mulier indotata eine Art Pflichttheilsanspruch gegen den Nachlaß ihres Mannes hat.

8) Entsch. G.-Z. 1852 Nr. 28 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 553], Ellinger ad §. 796. Dagegen aber Stubenrauch II. S. 758, 759. Winiwarter III. S. 40, Kirchstetter S. 389.

9) Kirchstetter S. 389; a. M. Winiwarter S. 413.

10) Ellinger ad §. 796; dagegen wollen Winiwarter S. 412 und Stubenrauch S. 759 die Ascendenten dann von der Beitragspflicht befreien, wenn sie auf den Pflichttheil beschränkt sind. Allein jeder Pflichttheil, auch der der Eltern des Erblassers wird durch die auf dem Nachlaß haftenden Lasten (vorübergehend oder für immer) vermindert. Offenbar unrichtig ist Stubenrauchs (arg. §. 783 aufgestellte) Behauptung, daß auch die Legatare beitragspflichtig seien.

einen dieser Ansprüche keine exceptio rei judicatae bezüglich des anderen erwachsen kann.[11])

Für die Witwe beginnt der Anspruch nach §. 796 mit dem Ende der sechswöchentlichen Verpflegung.

Neben dem gesetzlichen Alimentationsanspruche hat der überlebende Ehegatte auch noch ein Intestaterbrecht (§§. 757—759), welches aber, da er kein Pflichttheilsrecht hat (§. 796), cessirt, wenn er durch das Testament des verstorbenen Gatten ausgeschlossen ist.[12])

§. 446. Die Gütergemeinschaft unter Ehegatten auf den Todesfall.

Die eheliche Gütergemeinschaft wird in der Regel auf den Todesfall verstanden (§. 1234 pr.), und hat die rechtliche Bedeutung[1]), daß das der Gemeinschaft unterzogene Vermögen beim Tode des einen Gatten zwischen dessen Erben und dem Ueberlebenden so zu vertheilen ist[2]), als wäre es wirklich gemeinschaftlich gewesen (§. 1234 a. E.); mit anderen Worten, die eine Hälfte von der Summe des Vermögens des Mannes und des Vermögens der Frau wird dem überlebenden Ehegatten zugewiesen, während die andere als Nachlaß behandelt wird.[3]) Doch müssen die beiderseitigen Quoten nicht nothwendig gleich groß sein; es ist unbedenklich zulässig, daß die dem Ueberlebenden zugedachte Versorgungsquote z. B. auf zwei Drittel des beiderseitigen Vermögens vertragsmäßig fixirt werde[4]); nur darf dadurch der Pflichttheil allfälliger Notherben nicht verletzt werden. Eine Schenkung liegt in diesem Gütergemeinschaftspact, auch wenn dadurch der eine Gatte aus dem Vermögen des anderen bereichert wird, nicht; denn einerseits vollzieht sich bei Lebzeiten der letzteren keine Vermögensveränderung, andererseits kann die zu Gunsten des Ersteren ursprünglich noch so gut begründete Aussicht auf Vermögensgewinn durch spätere eigene unerwartete Erwerbungen in das Gegentheil umschlagen.[5])

Nach der geschilderten Natur dieser Gemeinschaft, sei sie nun eine allgemeine oder particulare, versteht es sich von selbst, daß sie während bestehender Ehe der Regel nach keine Rechtswirkung hervorbringt. Es bleibt also jeder Ehegatte Subject der Rechte, die ihm zur Zeit der Eingehung des Gemeinschaftsvertrags zustanden, und ebenso ist er und nur er Subject jener Rechte, die er während der Ehe erwirbt, wie er auch

---

11) So die Motive der Entsch. G.-Z. 1870 Nr. 74 [= Samml. VIII. Nr. 3653].

12) Alles Nähere im Erbrecht.

1) Erschöpfend ist der Satz des Textes nicht; aber er bezeichnet den Grundgedanken, von dem das Gesetz ausgeht, und es darf daher dieser, vorbehaltlich näherer Ausführung, wohl so an die Spitze gestellt werden.

2) In der Regel zu gleichen Theilen; s. sofort weiter im Text.

3) Diese Gütergemeinschaft will also gar nicht ein wirklich gemeinschaftliches Vermögen schaffen; ihr Zweck ist vielmehr die Herstellung eines Versorgungsfonds für den überlebenden Ehetheil.

4) Vgl. den von Ellinger im Jurist XVIII. S. 307 fg. mitgetheilten Rechtsfall [= Peitler 2. Aufl. Nr. 1014].

5) Dies ist wegen §. 951 b. G.-B. wichtig, besonders wenn mit der Gütergemeinschaft eine Widerlage concurrirt.

alleiniges Subject der von ihm contrahirten Schulden ist.[6]) Die Gütergemeinschaft hindert ihn auch keineswegs, bei Lebzeiten über sein Vermögen nach Belieben zu verfügen[7]); daher ist unzulässig eine Pränotation zur Sicherstellung der künftigen Gemeinschaftsansprüche auf Grund der Vertragsurkunde[8]), zulässig aber, und zwar selbst bei bestehender allgemeiner Gütergemeinschaft, vollwirksame Eingehung wechselseitig verbindlicher Geschäfte jeder Art zwischen den Ehegatten.[9])[10]) Vielmehr treten die rechtlichen Wirkungen dieser Gütergemeinschaft normalerweise erst mit dem Tode eines der Ehegatten ein; auch dann aber bestehen sie, genau gedacht, nicht darin, daß das beiderseitige Vermögen zu einem wirklich gemeinsamen wird; sondern kraft des Ehepactes entsteht nur für den überlebenden Ehegatten und die Erben des verstorbenen der Anspruch, eine solche Theilung des Vermögens beider Ehegatten zu verlangen, als wäre es gemeinschaftlich gewesen. Man kann dies[11]) auch dahin ausdrücken, es mache sich nun die Fiction geltend, daß beide Theile gleich viel eingebracht und gleich viel erworben haben, und daß eben darum die eine Hälfte der gesammten Masse das eigene Vermögen des Ueberlebenden, die andere den Nachlaß bilde (§. 1234 a. E.). Zum Zwecke der Durchführung der Theilung muß selbstverständlich nicht nur der als Nachlaß zu behandelnde Theil, sondern auch das Vermögen des Ueberlebenden gerichtlich inventirt werden. Es muß aber nicht nur das Activvermögen, sondern es müssen auch die beiderseitigen Schulden so behandelt werden, als wären sie gemeinschaftlich eingegangen worden, und zwar bei allgemeiner Gütergemeinschaft alle[12]), bei particularer jene, welche zum Besten des gemeinschaftlichen Gutes contrahirt wurden (§. 1235). Allein auch hier greift das oben (nach Note 10) betonte Princip durch: die Schulden werden dadurch keineswegs zu gemeinsamen Schulden des überlebenden Gatten und der Erben; den Gläubigern gegenüber bleibt Schuldner derjenige und nur derjenige, der ihr Schuldner wäre, wenn der Gemeinschaftsvertrag nicht in Mitten läge, also der überlebende Gatte rücksichtlich der von ihm, die Erben rücksichtlich der vom Verstorbenen eingegange-

---

6) Die Gläubiger des einen Gatten können daher sich wegen ihrer Befriedigung nur an ihren Schuldner, nicht an das Vermögen des anderen Gatten halten. Entsch. G.-H. 1869 Nr. 100 [= Schimkowsky I. Nr. 96].

7) Der Vertrag erklärt für gemeinschaftlich nur Dasjenige, was nach dem Tode des Einen da sein wird; keiner der Contrahenten hat sich aber verpflichtet, etwas Bestimmtes oder gar bestimmte Vermögensstücke zu hinterlassen.

8) Pl. Entsch. G.-H. 1861 Nr. 48, Entsch. G.-H. 1863 Nr. 19, G.-Z. 1869 Nr. 35 [= Sammlung IV. Nr. 1635, Schimkowsky I. Nr. 66; die erstcit. Entsch. fehlt in den Sammlungen].

9) Entsch. G.-H. 1868 Nr. 33, G.-Z. 1871 Nr. 78 [= Sammlung VI. Nr. 2770, 2771, IX. Nr. 4183], in welchen insbes. hervorgehoben ist, daß die Gatten die Gütergemeinschaft auch nach Belieben durch einen Act unter Lebenden wieder aufheben können, womit dann auch die (unten zu besprechende) Haftung des einen Vermögens für die Passiven des anderen entfällt.

10) Anders bei einer zu Lebzeiten beider Gatten wirksamen allgemeinen Gütergemeinschaft. Vgl. oben Grundr. §. 436 bei Note 24.

11) Für die regelmäßige Gestalt des Falles.

12) Auch die Delictsschulden.

nen Schulden; an diesem Rechtsverhältnisse wird nichts geändert, die Bestimmung des Gesetzes (§. 1235) regelt nur das Verhältniß des überlebenden Gatten und der Erben des Verstorbenen, d. h. der Theilnehmer an der als gemeinschaftlich zu behandelnden Masse unter einander.[13])[14]) Mit anderen Worten, die Theilung des beiderseitigen Vermögens geschieht nicht etwa so, daß jedem der beiden Theile (dem Ueberlebenden und dem Erben) ein gleicher Antheil an den Activbeständen und den Schulden zugewiesen würde, sondern es sind, wie das Gesetz ausdrücklich bestimmt, die als gemeinsam zu behandelnden Schulden „vor der Theilung . . . abzuziehen", d. h. es ist der zur Deckung dieser Schulden erforderliche Theil des Vermögens zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger auszuscheiden, und nur der noch verbleibende Activrest gelangt zur Vertheilung an die Erben und den überlebenden Gatten. Allerdings aber ist auch das für die Gläubiger ausgeschiedene Vermögen, soweit es nicht zu ihrer sofortigen Befriedigung verwendet wird, demjenigen Theile zu belassen, dem es vorhin gehörte; die Ausscheidung ist für die Gläubiger nur eine rechnungsmäßige, das zu ihrer Befriedigung Ausgeschiedene bildet einstweilen einen Bestandtheil des Vermögens des überlebenden Ehegatten oder der Erben.

Was nun von dem Vermögen beider Gatten als Nachlaß des Verstorbenen zu behandeln kommt, unterliegt den gewöhnlichen, vom Nachlasse geltenden Regeln; es kann daher ohne weiteres kommen, daß auch der überlebende Gatte selbst als Erbe an diesem Nachlaß Antheil hat[15]); und ebenso ist selbstverständlich, daß die Höhe des von diesem Nachlasse entfallenden Pflichttheils sich nach dem Betrage des Nachlasses bestimmt.[16])

Die Regel, daß die auf den Todesfall eingegangene Gütergemeinschaft bei Lebzeiten beider Gatten keine Wirkung äußert, erleidet die nachstehenden Ausnahmen:

1) Wenn ein Gatte ein bestimmtes unbewegliches Gut der Gütergemeinschaft gewidmet hat, und zu diesem Zwecke das ehepactenmäßige Recht des anderen in die öffentlichen Bücher eintragen ließ.[17]) Diese In=

13) Den Gläubigern gegenüber gilt die Fiction nicht, daß die Hälfte des beiderseitigen Vermögens den Nachlaß des Verstorbenen bilde.

14) Allerdings aber verlieren durch den Tod (und ebenso auch durch die Concurseröffnung) die zwischen den Gatten eingegangenen Schuldverträge ihre Wirksamkeit; denn da die daraus hervorgehenden Rechte und Verbindlichkeiten nun als gemeinsame zu behandeln sind, so heben sie sich gegenseitig auf; Entsch. G.=H. 1868 Nr. 33 [= Sammlung VI. Nr. 2770].

15) Auch als Gläubiger kann er (trotz Note 14) in Betracht kommen: Wenn nämlich neben der allgemeinen Gütergemeinschaft auch noch Heirathsgut und Widerlage bedungen wurden, so muß dies (arg. §. 914) als Constituirung eines der Frau vorbehaltenen Sondergutes (Entsch. G.=H. 1855 Nr. 55, 1863 Nr. 1 [= Sammlung I. Nr. 67, IV. Nr. 1540], oben §. 436), somit als eine vorläufig abzuziehende Schuld, die den Nachlaß vermindert, aufgefaßt werden.

16) Sollte der überlebende Gatte kein eigenes Vermögen gehabt haben, so wäre der Pflichttheil gleichwohl nur von jener Hälfte zu berechnen, die nun als Nachlaß des Verstorbenen zu behandeln ist.

17) Es liegt kein Grund vor, eine Pränotation mit Stubenrauch III. S. 434 und Winiwarter IV. S. 453 für unzulässig zu halten. Vgl. Scheidlein Misc. III. S. 112.

tabulation begründet zu Gunsten des anderen Gatten ein künftiges, d. i. von der Auflösung der Ehe an beginnendes Miteigenthumsrecht zur Hälfte (sog. Anwartschaftsrecht), so daß das Eigenthum des bisherigen Eigenthümers an dieser ideellen Hälfte sich in ein zeitliches (widerrufliches) Eigenthum (oben §. 195) verwandelt. Er behält zwar kraft seines zeitlichen Eigenthums den Fortgenuß auch dieser ideellen Hälfte, kann aber von der Intabulation an mit dem Gute keine Verfügung mehr treffen, wodurch das dem anderen Gatten eingeräumte seinerzeitige Miteigenthum beeinträchtigt werden würde (§. 1236). Damit ist zwar nicht gesagt, daß jede nach der Intabulation erfolgende Verpfändung oder sonstige Belastung geradezu unwirksam sei[18]); wohl aber ist sie ebenso eine nur zeitlich wirksame, wie das zeitliche Eigenthumsrecht selbst, das sie belastet, und muß daher mit diesem zeitlichen Eigenthum erlöschen (§§. 468, 527). Das Nämliche gilt auch von einer nun von dem zeitlichen Eigenthümer vorgenommenen Veräußerung (Eigenthumsübertragung): rücksichtlich der erwähnten Eigenthumshälfte kann sie auf den Erwerber nur zeitliches Eigenthum übertragen. Auch bringt es der natürliche Sinn dieses Gemeinschaftsvertrages mit sich, daß er dem das Gut der Gemeinschaft Widmenden die Erhaltung desselben in gutem Zustande zur Pflicht macht; daher verpflichtet ihn jede verschuldete Verschlimmerung des Gutes (nicht erst von der Intabulation, sondern von Abschließung des Vertrags an) zum Schadenersatz. Der Eigenthümer des Gutes hat also, wie in anderen Fällen des zeitlichen Eigenthums (§. 613), bezüglich der mehrerwähnten Hälfte nur die Rechte und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers, und naturgemäß beziehen sich die daraus hervorgehenden Beschränkungen seiner Befugnisse, soweit sie eine getheilte Durchführung nicht zulassen[19]), auch auf die andere Hälfte des Gutes, rücksichtlich deren sein Eigenthum kein zeitliches ist.

Stirbt nun der zeitliche Eigenthümer[20]), so verwandelt sich für den überlebenden Gatten das bisherige Anwartschaftsrecht sofort und unmittelbar in ein gegenwärtiges Eigenthum an der für ihn bestimmten Gutshälfte, über welches er frei verfügen kann, während das bisherige zeitliche Eigenthum des Verstorbenen gleichzeitig definitiv erlischt (§. 1236). Um diese Wirkung hervorzubringen, bedarf es nicht einmal einer bücherlichen Umschreibung[21]), dieselbe erfolgt vielmehr nur zum Zwecke der Richtigstellung der öffentlichen Bücher.[22]) Wenn nun aber auch die eben erwähnte Bestimmung des §. 1236 nur von dem Falle spricht, daß der

---

18) Anders Entsch. G.-H. 1871 Nr. 2 [= Sammlung VIII. Nr. 3929], welche jede Verpfändung der dem Anwartschaftsrechte unterliegenden Hälfte als unzulässig ansieht.

19) Dies gilt insbesondere von der Verbindlichkeit, das Gut in gutem Zustande zu erhalten; wegen der Untheilbarkeit der Dienstbarkeiten kann der zeitliche Eigenthümer auch die ihm gehörende Hälfte nur mit zeitlichen Dienstbarkeiten beschweren u. s. w.

20) Nämlich jener Gatte, von dem die Widmung des Gutes ausging.

21) Winiwarter IV. S. 453, 454, Stubenrauch III. S. 434.

22) Also nur darum, damit aus ihnen der derzeitige wirkliche Rechtszustand erhelle.

sein Gut der Gemeinschaft widmende Gatte der Vorversterbende ist, so muß sie doch auch auf den Fall des früheren Todes des anderen Ehegatten sinngemäß angewendet werden, d. h. in diesem Falle fällt das Eigenthumsrecht sofort seinen Erben zu[23]), weil es überhaupt in Betreff des aus der ehelichen Gütergemeinschaft hervorgehenden Theilungsanspruchs ganz gleichgiltig ist, welcher der beiden Ehegatten früher mit Tod abgeht. Daran kann der Umstand nichts ändern, daß die eine Hälfte einen Versorgungsfond für den Ueberlebenden bilden soll.

Aelteren bücherlichen Rechten kann auch diese Intabulation der ehelichen Gütergemeinschaft keinen Eintrag thun.[24]) Aeltere Gläubiger können also das ganze Gut in Execution ziehen, und der Ersteher erlangt nicht etwa nur ein zeitliches, sondern das unbeschränkte Eigenthumsrecht (§. 1236 a. E.). Der auf die verschriebene Gutshälfte entfallende und über die Befriedigung älterer Gläubiger erübrigende Kaufpreisrest tritt dann in jeder Beziehung an die Stelle der Gutshälfte.

Lange schon ist endlich anerkannt[25]), daß das, was in §. 1236 ausdrücklich nur von der Widmung eines Grundstücks zur ehelichen Gütergemeinschaft bestimmt ist, analog auch auf den Fall einer der Gütergemeinschaft gewidmeten intabulirten Forderung angewendet werden muß.

2) Die auf den Todesfall eingegangene Gütergemeinschaft wird ferner schon bei Lebzeiten beider Gatten wirksam, wenn der eine oder der andere in Concurs verfällt; es muß nämlich auch in diesem Falle das beiderseitige Vermögen wie beim Tode getheilt werden (§. 1262). Wohl ist behauptet worden[26]), daß diese gesetzliche Bestimmung nur bei particularer Gütergemeinschaft anwendbar sei, weil bei der allgemeinen alle Schulden gemeinschaftlich seien, ein Cridastand also erst eintrete, wenn das Vermögen beider Gatten zur Befriedigung der Gläubiger nicht zureiche, wo dann selbstverständlich zur Vertheilung unter die Gatten nichts mehr erübrigen könne. Diese Behauptung ist allerdings richtig für die bereits bei Lebzeiten bestehende Gütergemeinschaft[27]), nicht aber auch für jene auf den Todesfall. Da nämlich bei der letzteren jeder Ehegatte während bestehender Ehe sein Vermögen für sich allein hat und behält, und für die Schulden des anderen nicht haftet, so ist es sehr wohl möglich, daß der eine Gatte schuldenfrei, der andere überschuldet ist, und daß nach Abrechnung der sämmtlichen Schulden von der Summe der beiderseitigen Activen noch ein beträchtlicher Activstand zur Vertheilung erübrigt.[28]) Der Gatte, dessen Vermögen nicht über-

---

23) Winiwarter IV. S. 454, Stubenrauch III. S. 434.

24) Dies ist ja ein allgemeiner, für die Collision bücherlicher Rechte maßgebender Grundsatz.

25) Winiwarter IV. S. 452, Stubenrauch III. S. 434.

26) Von Winiwarter IV. S. 501; ebenso Ellinger ad §. 1262.

27) Was aber nicht hindert, den Rechtssatz des §. 1262 auf sie zur Anwendung zu bringen.

28) Entsch. G.-Z. 1853 Nr. 30, 1865 Nr. 104 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 1016; der zweite Fall fehlt in den Sammlungen]. Der Einsender des letzteren Falles meint hingegen, daß allerdings der Concurs über das beiderseitige Vermögen zu eröffnen sei, nur sei der zweite Ehegatte für seine Person kein Cridatar, und hafte daher nicht mit dem

lastet ist, wird daher unter Umständen klug thun, wenn er auch die Schulden des anderen zur eigenen Berichtigung übernimmt, und dadurch der ihm nachtheiligen Vertheilung des reinen Activrestes ausweicht.[29]) — Endlich

3) kann die eheliche Gütergemeinschaft, wenngleich auf den Todesfall eingegangen[30]), bereits bei Lebzeiten beider Gatten Wirksamkeit äußern, wenn die Ehe getrennt und der eine Ehegatte an der Trennung schuldlos befunden wurde. Diesem kommt es nämlich zu, alles dasjenige, was ihm in den Ehepacten auf den Ueberlebensfall bedungen worden ist, anzusprechen, insbesondere also bei verabredeter Gütergemeinschaft die Theilung, wie beim Tode (§. 1266). —

§. 447. Erlöschung der Ehepacten.

Unter der Erlöschung der Ehepacten versteht man deren nachträgliche Infirmirung (Außerkraftsetzung). Sie fällt nicht zusammen mit der bereits erörterten Erlöschung der daraus entstehenden vermögensrechtlichen Ansprüche, da sie eintreten kann, bevor solche Ansprüche entstehen und erlöschen; sie ist aber auch mit der Nichtigerklärung der Ehepacten nicht zu verwechseln, da sie, anders als diese, nicht nach rückwärts wirkt.

Die Ehepacten erlöschen:

1) Nach Umständen durch die Scheidung von Tisch und Bett; bei einverständlicher Scheidung nämlich durch beiderseitige Zustimmung (mutuus dissensus, §. 1263), bei uneinverständlicher durch den aufhebenden richterlichen Ausspruch, welchen, wenn nur ein Theil schuldlos ist, nur dieser, sonst jeder Theil verlangen kann (§. 1264). Der diesfalls angeordnete vorläufige Vergleichsversuch obliegt nicht dem über die Auflösung der Ehepacten erkennenden, sondern dem die Scheidung bewilligenden Gericht (§§. 108, 117). Die eintretende Aufhebung der E. P. verpflichtet den Mann zur Zurückstellung des Heirathsgutes[1]), nicht aber auch jener Nutzungen, die er aus demselben bis zum Tage der Klage[2]) gezogen hat;

---

später erworbenen Vermögen. — Eine eigenthümliche Meinung vertritt Stubenrauch S. 467; er meint, für den anderen Gatten erübrige zwar nichts, was ihm herausgegeben werden könnte, ein Concurs wäre aber über dessen Vermögen nicht zu eröffnen; also nicht Concurseröffnung über dieses Nichts!

29) Angenommen, die Activa des Mannes betragen 5000, seine Passiva 20000, die Activa der Frau 80000, ohne daß ihnen Passiven gegenüberstehen, so wären nach §. 1262 von den Gesammtactiven von 85000 fl. die Schulden zu 20000 abzuziehen, und es käme ein Rest von 65000 fl. an die Gatten zur Vertheilung, von welchen 32500 auf die Frau entfallen. Uebernimmt sie dagegen die aus den Activen des Mannes nicht zu deckenden Schulden desselben (15000 fl.) freiwillig, so bleiben ihr, da sie damit die Vertheilung verhindert, volle 65000 fl. Gegen die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens kann nichts einzuwenden sein; der Grund der Vorschrift des §. 1262 liegt in der Vorsorge für die Gläubiger, nicht aber will das Gesetz den einen Ehegatten zu Gunsten des andern verkürzen.

30) Der darzustellende Rechtssatz gilt aber allerdings auch von der bei Lebzeiten bestehenden Gütergemeinschaft. —

1) Ist das vom Vater der Frau bestellte Heirathsgut an ihn oder an die Frau zu restituiren? Vgl. Entsch. G.-Z. 1873 Nr. 102 [= Samml. X. Nr. 4680].

2) Arg. §§. 330, 338.

sie vernichtet vom gleichen Tage an das ehemännliche Verwaltungs- und Nutzungsrecht der Paraphernen, und der Mann hört auf, Repräsentant seiner Frau zu sein.[3]) War Gütergemeinschaft bedungen, so erhält jeder Theil sein ursprüngliches Vermögen zurück[4]), es wird nicht so getheilt, wie bei der Auflösung der Ehe durch den Tod.[5])

2) Im Zweifel durch die Ehetrennung. Einverständliche Trennung hat, wenn nicht ein Vergleich etwas anderes bestimmt, ipso jure die Aufhebung der Ehepacten mit den eben angegebenen Wirkungen zur Folge (§. 1266 pr.). Was bei uneinverständlicher Trennung Rechtens ist, das hat das Gesetz nur für den Fall, daß der eine Theil schuldlos ist, und auch diesfalls nicht erschöpfend[6]), dahin bestimmt, daß es dem Schuldlosen vorbehalten bleibe, von der Trennung an dasjenige anzusprechen, was ihm in den Ehepacten auf den Ueberlebensfall zugewiesen ist, insbesondere auch die Theilung des der Gütergemeinschaft unterzogenen Vermögens, und nach dem Tode des andern Gatten die vertragsmäßige Erbfolge (§. 1266). Da aber auch in den übrigen Fällen der uneinverständlichen Trennung der Zweck der Ehepacten mit der Beendigung der Ehe entfallen ist, so müssen auch in diesen Fällen die Ehepacten ipso jure erlöschen. Es ist also das Heirathsgut zurückzustellen, das ehemännliche Verwaltungsrecht hört auf, die Gütergemeinschaft verliert alle Wirkungen, und von einer Versorgung für den Ueberlebensfall kann weiter keine Rede sein.

3) Durch vorzeitige Wiederverehelichung der Frau; sie verliert dadurch die ihr vom vorigen Manne durch Ehepacten oder Erbvertrag zugewendeten Vortheile (§. 121), insbesondere also Widerlage, Witwengehalt oder Advitalitätsrecht; ebenso muß sie zurückstellen, was sie kraft Gütergemeinschaftspactes an Vermögensvermehrung aus dem Vermögen des Mannes erhalten hat.

Wird eine Ehe für nichtig erklärt, so kann nicht die Rede sein von einer Aufhebung der (juristisch nie zur Existenz gelangten) Ehepacten, sondern nur von einer Zurückstellung des beiderseits sine causa Empfangenen. Und zwar sind hier auch die in der Vergangenheit bezogenen Früchte zurückzustellen, und für Verzehrtes und schuldbar zugefügten Schaden nach allgemeinen Grundsätzen Entschädigung zu leisten (§. 1265).

Die Concurseröffnung über das Vermögen des einen oder anderen Gatten hat auf den Fortbestand der Ehepacten keinen Einfluß; sie bewirkt nur in einigen Fällen die Anticipirung desjenigen, was sonst erst nach der Auflösung der Ehe durch den Tod einzutreten gehabt hätte (§§. 1260, 1262). Insbesondere bleiben die Ehepacten unverändert im Concurse der Frau (§. 1261); daraus folgt, daß in diesem Falle selbst

3) Kirchstetter S. 91 Note 11.

4) Entsch. G.-Z. 1865 Nr. 34 [= Sammlung V. Nr. 2138].

5) Nur im Falle einer schon bei Lebzeiten bestehenden Gütergemeinschaft scheint die Theilung wie beim Tode vorgenommen werden zu müssen.

6) Es ist z. B. nicht entschieden, was mit dem Heirathsgut zu geschehen habe, wenn der Mann der schuldlose Theil ist.

das dem Manne durch förmlichen Ehepact eingeräumte Verwaltungs-[7]) und Genußrecht der Paraphernen durch den Concurs nicht berührt wird, wenn nicht ein „dringender Fall" oder offenbare „Gefahr eines Nachtheils" (§. 1241) die Abnahme dieser Verwaltung gebieterisch erheischen. Dagegen das nur auf dem unterlassenen Widerspruch der Frau beruhende Verwaltungsrecht des Mannes (§. 1238) erreicht durch den Concurs der Frau sofort sein Ende (§. 1024).

Kommt es in Folge der Erlöschung der Ehepacten oder aus Anlaß des Todes eines Gatten zur Auseinandersetzung des beiderseitigen Vermögens, so trifft die Frau die Beweislast, daß sie ein bestimmtes Vermögensstück, dessen Eigenthum ihr bestritten wird, in die Ehe eingebracht oder während derselben erworben habe (§. 1237 a. E.); nur rücksichtlich der vom Manne erhaltenen Kostbarkeiten hat sie die Vermuthung für sich, daß sie ihr geschenkt worden seien (§. 1247) — eine Vermuthung, die auch gegen die Gläubiger des Mannes und seine Concursmasse gilt, im Falle der Auseinandersetzung wegen Ungiltigkeit der Ehe aber nicht geltend gemacht werden kann.[8])

§. 450. Die Vermuthung der Ehelichkeit und Unehelichkeit.

Wie im gemeinen[1]), so gilt auch im östr. Rechte auf Grund bestehender Erfahrungen die Vermuthung, daß, wenn gegen einen Mann der Beweis hergestellt wird, daß er der Mutter eines Kindes in einem Zeitpunkte beigewohnt hat, von welchem bis zur Geburt nicht weniger als sechs, nicht mehr als zehn Monate verstrichen sind, dieser Mann der Erzeuger des Kindes sei (§. 163 b. G.-B.).[2]) Ist dieser Mann der

---

7) Freilich aber soll nach der C.-O. die Verwaltung des Vermögens des Gemeinschuldners immer an den Masseverwalter übergehen.

8) Dagegen gilt aber auch im Falle einer Scheinehe nicht die Vermuthung des §. 1237 a. E.

1) Das röm. R. enthält (und zwar in wesentlicher Uebereinstimmung mit §. 138 b. G.-B.) eine solche Regel nur bezüglich der ehelichen Kinder; von unehelichen Kindern dagegen wird angenommen, daß sie keinen Vater und keine väterlichen Verwandten haben, weil sie die Erzeugung durch einen bestimmten Mann nicht nachweisen können (Windscheid §. 566); doch behandelt das justinian. R. die im Concubinate erzeugten Kinder (liberi naturales im Gegensatz der spurii, incestuosi und adulterini), wenn sie vom Vater anerkannt sind, in einzelnen Beziehungen als seine Kinder (Windscheid Note 7, Kirchstetter 2. Aufl. S. 114 f.). In Deutschland machte sich in Folge einer mißverständlichen Auffassung des c. 5 X de eo qui duxit. 4. 7. sehr früh die Ansicht geltend, daß der Vater zur Alimentation seiner unehelichen Kinder ohne weitere Unterscheidung verpflichtet sei (Windscheid a. a. O. u. die bei Kirchstetter a. a. O. Note 5 Citirten); in Folge dessen mußte der Beweis der unehelichen Paternität auf eine ähnliche Vermuthung hin, wie sie für die ehelichen Kinder gilt, zugelassen werden. Wie bei den ehelichen der Bestand der Ehe während des kritischen Zeitraumes, so mußte bei den unehelichen die Beiwohnung während desselben das Beweisthema bilden. Doch ist die Frage nicht unbestritten: Holzschuher 2. Aufl. II. S. 475.

2) Daß diese Bestimmung trotz der Marg. R. zu §. 163 auch für eheliche Geburten gilt, zeigt das (im Text nach Note 10 angeführte) Hofd. v. 15. Juni 1835. Vgl. auch §§. 156, 157 b. G.-B.

Ehemann der Mutter, so genügt zur Begründung der gleichen Vermuthung schon der Beweis, daß innerhalb des gedachten Zeitraums die Ehe zwischen ihm und der Kindesmutter bestanden habe (Pater . . . est, quem nuptiae demonstrant).[3]) Für Kinder also, welche nach Ablauf des sechsten Monats nach geschlossener und vor Ablauf des zehnten Monats nach aufgelöster Ehe von einer Ehefrau geboren werden, streitet die Vermuthung der ehelichen Geburt (§. 138)[4]) — für jene hingegen, welche zwar von einer Ehegattin, jedoch vor[5]) oder nach der erwähnten Zeit geboren werden, die Vermuthung der Unehelichkeit (§. 155). Sechs Monate bezeichnen einen Zeitraum von 180, zehn Monate einen solchen von 300 Tagen (§. 902)[6]), und es muß diese Zahl von Tagen ganz abgelaufen sein, um darauf im ersten Falle die Vermuthung der Ehelichkeit, im zweiten jene der Unehelichkeit zu stützen.[7])

Unter der Auflösung der Ehe, von welcher an der 300tägige Termin zu rechnen ist, versteht man zunächst die Auflösung durch den Tod, die Todeserklärung und die Ehetrennung. In den beiden letzteren Fällen ist maßgebend der Tag, an welchem die Todeserklärung und bezw. das Trennungserkenntniß in Rechtskraft erwuchsen, nicht etwa der Tag der factischen Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.[8]) Ist also der Mann verschollen, so sind dennoch alle von seiner Ehefrau bis nach Ablauf des kritischen Termins nach der Todeserklärung geborenen Kinder als eheliche anzusehen, vorbehaltlich des (später zu erörternden) Gegenbeweises, welchen der dazu Legimirte antreten kann.[9]) Würde die

---

Ellinger ad §. 157 und Entsch. G.-Z. 1870 Nr. 51 [= Sammlung VII. Nr. 3605]: Wird die Ehelichkeit nach §. 156 rechtzeitig widersprochen, dann aber vom Vormund des Kindes gegen den widersprechenden Mann der Beweis nach §. 163 erbracht, so gilt das Kind als ein eheliches. — Der in den älteren Ausgaben im §. 163 b. G.-B. vorkommende Ausdruck „sieben" statt „sechs" (Monate) wurde durch das Hofd. vom 5. April 1822 Nr. 158 J.-G.-S. für einen Druckfehler erklärt.

3) L. 5. D. de in jus voc. 2. 4.

4) L. 3. §. 11. 12 D. de suis 38. 16. Savigny Syst. II. S. 388, Windscheid §. 566.

5) [Doch tritt diese Vermuthung nicht ohne weiteres ein: vgl. unten Text bei Note 15.]

6) Nach röm. R. muß das Kind nach dem 181. Tage und vor Ablauf des 300. geboren werden; der Ausdruck septimo mense (also nach dem 180. Tage) in L. 12 D. de statu hom. 1. 5. ist ungenau (Windscheid Note 3). — Den §. 902 wendet auch unsere Praxis überwiegend an; so die Pl. EE. G.-Z. 1865 Nr. 41, 1871 Nr. 34 und Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 53 [= Sammlung V. Nr. 2157, IX. Nr. 4028, VII. Nr. 3373]; dagegen wenden Entsch. G.-Z. 1860 Nr. 65 und 1870 Nr. 80 [= Sammlung II. Nr. 1029, VIII. Nr. 3862] die Kalenderberechnung an, und zwar die letztere Entsch. mit Berufung auf §. 902, dessen Sinn dahin gehe, daß jeder Kalendermonat, mag er kurz oder lang sein, als ein Zeitraum von 30 Tagen anzusehen sei (!). Zweifellos scheint zu sein, daß nach ganzen Tagen zu rechnen ist (Civilcomputation); doch wendete eine in der G.-H. 1860 Nr. 42 mitgetheilte Entsch. erster und zweiter Instanz die Naturalcomputation an.

7) Entsch. G.-Z. 1859 Nr. 149, 1865 Nr. 41 [= Sammlung II. Nr. 852, V. Nr. 2157].

8) Wessely über die Vermuthung für die uneheliche Geburt . . . in der Themis N. F. III. S. 13 ff.

9) Vgl. die Entsch. G.-Z. 1864 Nr. 78 [= Sammlung IV. Nr. 1926], in welcher zugleich ausgesprochen wurde, daß nur

Ehe für nichtig erklärt, so sind zwar die aus ihr geborenen Kinder principiell unehelich, sie werden aber als eheliche behandelt, wenn wenigstens einem Ehegatten die schuldlose Unwissenheit der Ehenichtigkeit zu Statten kam; in diesem Falle hat auch der Tag der eingetretenen Rechtskraft des Nichtigkeitsurtheils die bemerkte kritische Bedeutung.

Streitig war seinerzeit die Frage, ob auch die von einer von Tisch und Bett geschiedenen Gattin zehn Monate nach der Scheidung geborenen Kinder als eheliche anzusehen seien.[10]) Diese Frage wurde durch Hfd. v. 15. Juni 1835 Nr. 39 J.=G.=S. dahin beantwortet, daß „Kinder, welche von einer von Tisch und Bett geschiedenen Gattin zehn Monate nach gerichtlicher Scheidung geboren werden, nur dann für ehelich zu halten sind, wenn gegen den Ehemann der Mutter der im §. 163 geforderte Beweis geführt[11]) oder wenn sonst bewiesen wird, daß in dem Zeitraume, in welchem nach §. 138 die Zeugung geschehen konnte, der Ehemann und die Mutter, obgleich ohne dem Gerichte die Anzeige zu erstatten, in die vorige Gemeinschaft zurückgetreten waren“. Die gerichtliche Scheidung wirkt also hier, die erwähnten Beschränkungen abgerechnet, wie die wirkliche Auflösung der Ehe; der kritische Termin von 300 Tagen wird von der Rechtskraft des Scheidungserkenntnisses, nicht aber etwa von der der Gattin gegebenen richterlichen Bewilligung eines abgesonderten anständigen Wohnortes oder gar von dem Zeitpunkte einer eigenmächtigen Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gerechnet.[12])

Im Falle einer vor Ablauf des sechsten Monats nach geschlossener Ehe erfolgten Geburt tritt die Vermuthung der Unehelichkeit des Kindes ein, jedoch nur dann, wenn der Mann, dem aber die Schwangerschaft der Frau vor der Verehelichung nicht bekannt gewesen sein darf[13]), binnen drei Monaten[14]) von da an, wo er von der Geburt des Kindes Kenntniß erhalten hat, dessen Ehelichkeit gerichtlich widerspricht (§. 156).[15])

---

die in den §§. 158, 159 genannten Personen die Ehelichkeit bestreiten können, und daß also der etwa für das von der verlassenen Gattin später (nach Jahren) geborene Kind bestellte Vormund nicht berechtigt ist, den wirklichen Erzeuger auf Leistung der Alimentation zu klagen.

10) Vgl. Winiwarter Ztschr. f. östr. R.=G. 1829 I. S. 147 fg. und Dolliner ebda. S. 220 fg.

11) Dieser Beweis kann jedoch nicht nur „gegen den Ehemann“, sondern nach seinem Tode auch gegen seine Erben erbracht werden. Menzel im Jurist X. S. 149 gegen Wessely a. a. O.; ferner Stubenrauch S. 398.

12) Stubenrauch I. S. 397 f. gegen Wessely Themis N. F. III. S. 13 fg.

13) Entnommen dem Cod. civ. Art. 314.

14) Nach dem Cod. civ. Art. 316 binnen einem oder zwei Monaten, je nachdem der Mann anwesend oder nicht anwesend war.

15) Auch nach just. R. gilt ein vor dem 182. Tag nach der Eheschließung geborenes Kind als ehelich, wenn es von dem Manne als das seine anerkannt wird (L. 11 C. de nat. lib. 5. 27. Savigny II. S. 389 Note f.) Doch ist dies eine Art Legitimation, indem es vom röm. Standpunkt zum Begriff der ehelichen Geburt gehört, daß das Kind in der Ehe erzeugt sei (Windscheid §. 56b und 522). — Anders freilich faßt nunmehr Stintzing (Dogm. Jahrb. IX. S. 416—450) den Satz pater est, quem nuptiae demonstrant auf: die Ehelichkeit werde präsumirt, sobald das Kind nur nach der Hochzeit (nuptiae) geboren sei; der Unter=

Wird dieser Widerspruch unterlassen, so wird angenommen, daß der Mann das Kind vor der Ehe erzeugt habe[16]), und es gelten nach öſtr. Recht die erst in der Ehe geborenen, aber von dem Ehemanne vor der Ehe erzeugten Kinder nicht als legitimirte, sondern von Haus aus als eheliche (§. 161). Die Unterlassung des Widerspruchs begründet nicht eine bloße Vermuthung der Ehelichkeit, sondern gilt als eine jeden Gegenbeweis ausschließende Anerkennung der Ehelichkeit des Kindes, gegen welche eine Klage nach §§. 158, 159 ganz unzulässig ist.[17]) Nicht das Gleiche gilt, wenn dem Manne die Schwangerschaft vor der Verehelichung bekannt war; hier ist nur der Widerspruch gegen die Ehelichkeit des Kindes unzulässig; dies steht aber der Zulässigkeit der Paternitätsbestreitung im Wege der Klage nicht entgegen[18]), und hindert auch nicht einen Dritten z. B. den noch lebenden früheren Mann der von ihm getrennten Frau, die sich vorzeitig wieder verehelicht hat (§. 120), oder den in solchem Falle zur Vertretung der Rechte des Kindes aufzustellenden Curator (§. 121), das Kind als ein Kind einer anderen Ehe in Anspruch zu nehmen.[19])

War dem Manne die Schwangerschaft vor der Verehelichung nicht bekannt, so hat er das Recht des Widerspruchs selbst dann, wenn er seine Frau, welche schon früher mit einem Anderen verehelicht war, vor Ablauf des Termins des §. 120 geheirathet hat; er verliert durch die Uebertretung dieses Gesetzes nur das Recht, die Ehe anzufechten, nicht aber das Recht zur Einlegung des hier in Frage stehenden Widerspruchs (§. 121).[20])

Der Widerspruch ist in Form einer Eingabe oder einer protokollarischen Erklärung abzugeben, und es ist hievon der für das Kind aufzustellende Curator zu verständigen, damit dieser die gegen einen unbegründeten Widerspruch erforderlichen Schritte einleiten könne.[21])

---

schied zwischen dieser und der auf den Ablauf des 181. Tages gebauten Legitimitätspräsumtion sei der, daß im letzteren Falle nur der Gegenbeweis der Unmöglichkeit der Zeugung durch den Ehemann, im ersteren Falle aber auch andere Gegenbeweise zuzulassen seien. — Nach der herrschenden Meinung der Romanisten bedarf es jedoch, damit das vor dem 182. Tag geborene Kind als eheliches gelte, einer positiven Anerkennung des Ehemannes; nach öſtr. R. liegt aber die Anerkennung schon in der Unterlassung des Widerspruchs.

16) Dies gilt insbesondere auch, wenn ein Mann wissentlich eine von einem Anderen geschwängerte Frauensperson ehelicht; die Inanspruchnahme des Schwängerers auf Alimentation u. s. w. ist unzulässig: Entsch. G.-Z. 1858 Nr. 132 [= Samml. II. Nr. 615.]

17) Winiwarter I. S. 385, Unger II. S. 112 Note 26a und S. 584 Note 18; dagegen meint Schuster in Haimerl's Mag. IX. S. 205 fg., daß durch den unterlassenen Widerspruch nur eine Vermuthung der Ehelichkeit begründet werde, und dem Manne trotz derselben eine (unverjährbare — arg. §. 1481) Klage zur Bestreitung der Ehelichkeit nach §. 158 zustehe.

18) Ellinger §. 157.

19) Nach v. Straß (Jurist XV. S. 470 fg.) und Ellinger §. 121 wäre der frühere Ehemann als Vater anzusehen, nach Wildner (Jurist XIII. S. 301) der frühere und der spätere nach Analogie der Adoption!

20) Stubenrauch S. 421.

21) Geller G.-H. 1865 Nr. 45, Entsch. G.-H. 1870 Nr. 57, G.-Z. 1858 Nr. 132 [= Sammlung VIII Nr. 3692,

§. 451. Gegenbeweise gegen diese Vermuthungen.

Streitet die Vermuthung für die Unehelichkeit des Kindes, weil es vor oder nach dem im §. 138 festgesetzten Termin geboren, und im ersten Falle die Ehelichkeit vom Manne rechtlich widersprochen wurde[1]), so kann der Beweis der Ehelichkeit nur durch Kunstverständige geführt werden, welche mit Hinsicht auf die Beschaffenheit der Mutter und des Kindes (z. B. die außerordentliche physische Ausbildung des letzteren) die Gründe und damit die Rechtmäßigkeit der Früh- oder Spätgeburt klar darthun (§. 157)[2]). Es kann aber möglicherweise der vom Manne erhobene Widerspruch gegen die Ehelichkeit der vorzeitigen Geburt ein ungesetzmäßiger sein, indem dem Manne entweder die Schwangerschaft vor der Verehelichung bekannt war, oder er selbst der Mutter des Kindes innerhalb des kritischen Zeitraums (§. 163) beigewohnt hat[3]), oder indem der Widerspruch nicht innerhalb dreier Monate nach erhaltener Kenntniß von der Geburt des Kindes angebracht wurde; in diesen Fällen kann die Ehelichkeit des Kindes auch durch den Nachweis der eben angeführten Gründe der Unrechtmäßigkeit des Widerspruchs dargethan werden.[4]) Ist endlich die Vermuthung der Unehelichkeit des Kindes dadurch begründet, daß dasselbe von einer geschiedenen Frau zehn Monate nach der gerichtlichen Scheidung geboren wurde, so kann der Beweis der Ehelichkeit entweder durch den Nachweis der innerhalb des kritischen Zeitraums (§. 163) erfolgten Beiwohnung des Mannes, oder der innerhalb dieser Zeit, wenn auch ohne gerichtliche Anzeige, wiederhergestellten ehelichen Gemeinschaft geführt werden (Hofd. v. 15. Juni 1835). Die Anzeige der Wiedervereinigung wirkt in Bezug auf die später geborenen Kinder wie eine Eheschließung.

Die Führung der erwähnten Beweise obliegt dem für das Kind

. Nr. 615], wo zugleich bemerkt ist, daß darin noch kein Widerspruch liegt, daß sich der Mann einer solchen Frau zum Vormund des Kindes bestellen läßt, und den Erzeuger auf Erfüllung der Vaterpflichten klagt. — Unrichtig ist die Behauptung Ellingers ad §. 156 und Stubenrauchs S. 420, daß der Widerspruch in Form einer „Aufforderung" anzubringen sei; denn es fehlt eine Berühmung. Vgl. Gspan Ztschr. f. R.- u. St.-W. 1842 I. S. 251 fg., dessen eigene Aufstellung (der Mann müsse eine negatorische Klage anbringen) jedoch gleichfalls unhaltbar ist.

1) Im Falle einer späteren Geburt bedarf es keines Widerspruchs zur Begründung oer Vermuthung der Unehelichkeit.

2) Das röm. R. kennt dieses Rechtsmittel (die Ehelichkeitsklage) nicht, da ein vor dem 182. Tag geborenes, wenn auch vom Manne der Mutter gezeugtes Kind nur dann als ehelich gilt, wenn es vom Manne anerkannt wird. Vgl. Savigny II. S. 414, 415.

3) Ellinger §. 157, Entsch. G.-Z. 1870 Nr. 51, G.-H. 1870 Nr. 57 [= Sammlung VII. Nr. 3605, VIII. Nr. 3692].

4) In diesen Fällen hat der klagende Vormund zu beweisen, daß dem Geklagten die Schwangerschaft vor der Verehelichung bekannt war, oder daß der dreimonatliche Termin überschritten wurde. Dem Widersprechenden obliegt diesfalls die Beweislast nicht. Vgl. Geller G.-H. 1865 Nr. 45.

aufzustellenden Vormund[5]) oder Curator ad hoc, und zwar hat er gegen den Ehemann der Mutter mit einer (keiner Verjährung unterliegenden[6]) — §. 1481) Klage auf Anerkennung der Vaterschaft aufzutreten. Die Mutter ist zur Anstellung dieser Klage nicht legitimirt; es handelt sich nicht um ihre, sondern um des Kindes Rechte, und sie ist als Mutter nicht Vertreterin ihres Kindes.[7])

Streitet hingegen die Vermuthung für die Ehelichkeit des Kindes (weil die Geburt rechtzeitig erfolgt war, oder weil bei vorzeitiger Geburt der Widerspruch unzulässig war, da dem Mann die Schwangerschaft vor der Eheschließung bekannt war)[8]), dann obliegt der Gegenbeweis dem Ehemanne der Kindesmutter, und er hat ihn durchzuführen im Wege einer gegen den aufzustellenden Curator des Kindes anzubringenden Paternitätsbestreitungsklage. Anzubringen ist dieselbe binnen drei Monaten nach erhaltener Nachricht von der Geburt des Kindes[9]) — eine Frist, die nicht eine Verjährungs-, sondern eine civilrechtliche Präclusivfrist ist.[10]) Zu beweisen hat der Kläger die Unmöglichkeit der durch ihn erfolgten Zeugung (z. B. durch den Nachweis, daß er während der kritischen Zeitperiode entfernt von der Kindesmutter lebte, auf Reisen war u. dgl.)[11]). Das Geständniß der Mutter, daß sie einen Ehebruch begangen habe, sowie ihre Behauptung, daß ihr Kind wirklich ein uneheliches sei, sind

---

5) Entsch. G.-Z. 1870 Nr. 51 [= Sammlung VII. Nr. 3605]; mit Unrecht spricht Ellinger ad §. 157 nur von einem Curator.

6) Stubenrauch I. S. 422; mit Unrecht läßt Ellinger a. a. O. diese Klage in 30 Jahren, Winiwarter I. S. 390 sogar schon in drei Monaten verjähren.

7) Vgl. Wessely in seinen drei Abhandlungen in Ztschr. f. östr. R.-G. 1834 II. S. 67 fg., 1835 I. S. 123 fg. und in Themis I. S. 1 fg.; (der aber freilich Themis N. F. III. S. 13 fg. verlangt, es solle die Mutter dem gesetzlichen Vertreter des Kindes als Klägerin beitreten). — Winiwarter I. S. 386, 389, 391 und Ellinger sprechen hier von einem Klagerechte der Mutter, und allerdings gibt auch das röm. R. der Mutter die actio de partu agnoscendo gegen den die Anerkennung verweigernden Vater; nach östr. R. läßt sich jedoch eine Klagelegitimation für die Mutter nicht nachweisen.

8) Nicht hieher gehört der Fall, wenn die rechtzeitige Einlegung des Widerspruchs unterblieb; denn dann entsteht eine praesumtio juris et de jure für die Ehelichkeit (§. 450 bei Note 17).

9) Auch diese Bestimmung ist entnommen dem Cod. civ. Art. 316.

10) Unger II. S. 424 Note 17, S. 584 Note 18.

11) Ebenso nach röm. R. Savigny II. S. 390, Windscheid §. 56 b, Stintzing a. a. O. — Als ein solcher Unmöglichkeitsbeweis gilt nur der auf Abwesenheit oder Impotenz gebaute (L. 6 D. 1. 6, Entsch. G.-Z. 1871 Nr. 82 [= Sammlung IX. Nr. 4080]), nicht auch der Beweis der Nichtübereinstimmung der körperlichen Ausbildung (Reife) des Kindes mit der gesetzlich angenommenen Zeit der Beiwohnung (Savigny II. S. 390 Note h.). A. A. jedoch Stubenrauch I. S. 425 (mit Berufung auf eine von Wessely mitgetheilte oberstgerichtliche Entscheidung), Winiwarter I. S. 393, Ellinger ad §. 158, Kirchstetter S. 104 Note 2. Der letzteren Ansicht scheint sich auch Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 69 [= Sammlung VI. Nr. 2727] zuzuneigen, indem sie das Klagebegehren nur darum abwies, weil der Kunstbefund zu spät, nämlich erst vier Monate nach der Geburt des Kindes aufgenommen worden war.

irrelevant[12]), weil die Mutter nicht Streitpartei, ja nicht einmal unbedenkliche Zeugin ist (§. 158); ebenso irrelevant ist auch ihre Zeugenschaft, daß ihr der Gatte während der kritischen Zeit nicht beigewohnt habe.[13]) Hingegen hat nicht der Kläger die Behauptung zu erweisen, daß ihm die Geburt nicht früher bekannt geworden sei; es hat vielmehr der Geklagte die gegentheilige Behauptung als Einwendung zu beweisen.[14])

Diese Bestreitungsklage steht nur dem Manne, und wenn er vor Ablauf der ihm zur Bestreitung eingeräumten Frist stirbt, den Erben zu, die durch die Anerkennung der Ehelichkeit in ihrem Erbrechte verkürzt würden.[15]) Ihnen kommt dann eine neue, vom Todestage des Mannes laufende Frist zu Statten (§. 159); wäre aber das Kind erst nach dem Tode des Mannes geboren worden, dann muß diese Frist offenbar von der Geburt an gerechnet werden.[16]) Mit Hinsicht auf diese Bestimmungen kann, wenn das Kind thatsächlich nicht von dem Manne, sondern von einem Dritten erzeugt wurde, der Mann aber die Ehelichkeit nicht bestreitet, das Klagrecht weder dem Erzeuger des Kindes, noch dem Kinde selbst (bezw. seinem Curator) zuerkannt werden, auch wenn sie vermeinen sollten, durch Anbringung der Bestreitungsklage für das Beste des Kindes besser sorgen zu können.[17]) Anders nur, wenn eine verwitwete oder ge-

---

12) Ebenso das röm. R. Savigny a. a. O. Entsch. G.-Z. 1864 Nr. 78 [= Sammlung IV. Nr. 1926]. Der Mutter kann also hierüber auch nicht der Haupteid aufgetragen werden: Entsch. G.-H. 1860 Nr. 17, G.-Z. 1871 Nr. 82 [= Sammlung II. Nr. 557, IX. Nr. 4080], Stubenrauch I. S. 425. Dagegen behauptet Kirchstetter S. 105 Note 2 die Zulässigkeit der Auftragung des Haupteides an die Mutter, wenn sie dem Rechtsstreite als Vertretungsleisterin beigetreten ist.

13) Entsch. G.-H. 1867 Nr. 54 [= Sammlung VI. Nr. 2745], Stubenrauch I. S. 425, Ellinger ad §. 158. A. A. Nippel II. S. 218, Kirchstetter S. 105 Note 2.

14) Entsch. G.-Z. 1859 Nr. 67 und 68 [= Sammlung II. Nr. 554].

15) Unter diesen Erben können nur die Erben des Mannes, nicht auch, wie Ellinger ad §. 159 behauptet, Erben dritter Personen verstanden werden, mit welchen das Kind (seine Ehelichkeit vorausgesetzt) im Erbrechte concurriren würde. Stubenrauch I. S. 427. Auch die Mutter als Erbin hat das Bestreitungsrecht (dagegen Stubenrauch und Ellinger a. a. O., da ihr im §. 158 jedes Bestreitungsrecht abgesprochen sein soll), nicht aber die im §. 143 genannten Personen zur Wahrung ihrer Freiheit von der Alimentationspflicht (Stubenrauch S. 427. A. A. Winiwarter S. 396).

16) Stubenrauch I. S. 428, Winiwarter I. S. 397, 398. Die Frist läuft ohne Rücksicht auf das Wissen oder Nichtwissen der Erben. Stubenrauch S. 427, Ellinger ad §. 159; a. A. Zeiller I. S. 353. — Ob den Erben auch das Recht des Widerspruchs (§. 156) zu Statten kommt, wenn das Kind vor der Zeit geboren wurde und der Mann wegen frühen Todes von seinem Widerspruchsrechte keinen Gebrauch machen konnte, ist streitig; dafür Ellinger ad §. 159, mit Recht aber dagegen Stubenrauch S. 428 und Winiwarter S. 397; die Erben haben immer nur das Klagerecht nach §. 158, weil sie nicht wissen können, ob nicht eine voreheliche Beiwohnung des Mannes stattgefunden hat. — Hingegen kann im Falle verspäteter Geburt die Klage gegen die Erben des Mannes aus §. 157 zur Entkräftung der Vermuthung der Unehelichkeit wann immer angebracht werden.

17) Stubenrauch S. 426, Entsch. G.-Z. 1864 Nr. 78 [= Sammlung IV. Nr. 1926]. Auch die Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 85 (I. und II. Instanz) nimmt an, daß der Erzeuger des Kindes, wel-

trennte Frau sich vorzeitig wieder verehelicht, und nun ein Kind geboren wird, rücksichtlich dessen nach §. 138 zweifelhaft ist, ob es von dem früheren oder dem jetzigen Manne erzeugt worden ist; in solchem Falle ist dem Kinde ein Curator zur Wahrung seiner Interessen zu bestellen (§. 121); hiemit ist dem Curator die Berechtigung zuerkannt, für das Kind auch die Paternität der früheren Ehe in Anspruch zu nehmen und diesen Anspruch selbst im Klagewege durchzuführen, wenn ihm nicht der jetzige Ehemann der Frau durch eine Bestreitungsklage seine Aufgabe erleichtert.[18]) Der Curator wird den Beweis, daß das Kind der vorigen Ehe angehöre, durch einen Kunstbefund über die Beschaffenheit des Kindes zu führen haben. Unterläßt der Curator diese Klage, so kann sich der jetzige Ehemann nicht etwa auf die für die Paternität des vorigen Ehemannes streitende Vermuthung berufen, um die gegen ihn streitende Vermuthung zu entkräften, wohl aber wird auch ihm, abweichend vom §. 158, die Führung des Kunstverständigenbeweises, daß das Kind dem vorigen Manne angehöre, gestattet werden müssen.

Von der Regel, daß außer dem Manne und eventuell seinem Erben die Bestreitungsklage des §. 158 Niemandem zusteht, tritt selbst dann keine Ausnahme ein, wenn der Mann wegen Geisteskrankheit oder wegen unbekannten Aufenthaltes die Klage gar nicht anstellen kann; es geht nicht wohl an, ihm zu diesem Zwecke einen Curator zu bestellen, der die Klage in seinem Namen durchführen soll.[19]) Auch kann die Bestreitung der Ehelichkeit nicht in anderer Form als mittelst Klage, namentlich nicht im Wege der Einrede erfolgen.[20])

Wäre das Kind — was immerhin möglich ist — zur Zeit der Bestreitung der Ehelichkeit bereits großjährig, dann bedarf es zu seiner Ver-

---

cher dessen Mutter später ehelicht und das Kind legitimiren möchte, kein Bestreitungsrecht habe. Dagegen freilich die Pl.-Entsch. G.-Z. 1854 Nr. 48, 49 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 41], die sich aber vielleicht daraus erklärt, daß der nach §. 158 zur Bestreitung Berechtigte ein Franzose war und daher möglicher Weise das französische Recht als das anzuwendende angesehen wurde. Vgl. auch Kirchstetter S. 106. — Gegen wen wäre wohl auch eine solche Klage zu richten, besonders wenn der juristisch als Vater anzusehende Mann nicht mehr lebt?

18) Vgl. die oben §. 450 Note 19 Citirten, die aber freilich im Resultat nicht übereinstimmen mit dem im Texte Gesagten. — Der Curator ist übrigens nicht nur zu der oben erwähnten Filiationsklage, sondern auch zur Bestreitungsklage nach §. 158 (zur Klage, daß das Kind nicht dem vorigen Manne angehöre) legitimirt; insoferne enthält der §. 121 eine Ausnahme von §. 159.

19) Entsch. G.-Z. 1864 Nr. 78 [= Sammlung IV. Nr. 1926]: Ist der Mann verschollen, so kann der für die später geborenen Kinder bestellte Vormund keine Paternitätsklage gegen den wahren Erzeuger anstellen. Entsch. G.-H. 1864 Nr. 94 [= Sammlung IV. Nr. 1981]: Ist der Mann im Irrenhause gestorben, so haben nur seine Erben das Bestreitungsrecht. Dagegen jedoch Stubenrauch I. S. 428, Winiwarter I. S. 394, 395.

20) Entsch. G.-H. 1871 Nr. 3 [= Sammlung VIII. Nr. 3895]; dagegen Entsch. G.-H. 1864 Nr. 94 [= Sammlung IV. Nr. 1981], Kirchstetter S. 105 Note 5.

tretung nicht der Bestellung eines Curators nach §. 158, sondern es vertritt sich selbst.[21])

Wird die Bestreitungsfrist mit oder ohne eigenes Verschulden versäumt, so ist das Kind ohne Zulässigkeit des Gegenbeweises als ehelich anzusehen (praesumtio juris et de jure). Das gilt namentlich dann, wenn die Ehegatten factisch geschieden leben, und der Mann die Ehelichkeit der ihm bekannt gewordenen Geburten von Anderen erzeugter Kinder seiner Frau nicht rechtzeitig bestreitet[22]), und es wird daran auch dadurch nichts geändert, daß der wirkliche Erzeuger des Kindes dasselbe als das seinige anerkannt[23]) und sich im Taufbuche als Vater hat eintragen lassen.

Behufs des so wichtigen Beweises der Geburt eines Kindes und seiner Ehelichkeit oder Unehelichkeit sind sog. Tauf- und Geburtsbücher eingeführt, die nach besonderen diessfalls bestehenden Vorschriften unter öffentlicher Autorität geführt werden, und welche, sowie die daraus gemachten Auszüge, als öffentliche Urkunden gelten. §. 112 A.-G.-O., Min. Erl. v. 23. Jänner 1865 Nr. 15, Ges. v. 10. Juli 1868 Nr. 12 ex 1869, Ges. v. 9. April 1870 Nr. 51 R.-G.-Bl. Die Aufsicht über die richtige Führung dieser Bücher obliegt den politischen Behörden. Handelt es sich insbesondere um die Berichtigung derselben, so ist hiezu eine specielle Verfügung der Landesstelle erforderlich (Hofd. v. 5. April 1844 Nr. 799 J.-G.-S.). Daher ist auch, wenn ein Kind als eheliches eingetragen, die für die Ehelichkeit sprechende Vermuthung aber entweder nach §. 156 durch einen berechtigten Widerspruch oder nach §§. 158, 159 im Klagewege umgestoßen wurde, um Veranlassung der Richtigstellung die Landesstelle anzugehen.[24])

§. 457. Recht der ehelichen Kinder auf Versorgung.

Als eine besondere, den Eltern gegenüber den Kindern obliegende Verpflichtung gilt die zur Versorgung derselben. Darunter versteht man die Versetzung in einen dauernden Nahrungsstand, welche theils durch Verschaffung des angemessenen Unterrichts, theils durch Ausstattung mit dem erforderlichen Vermögen erfolgt. Daß auch diese Pflicht eine subsidiäre ist, d. h. die Eltern nur soweit trifft, als die Kinder nicht eigenes Vermögen haben, und daß sie auch den ehelichen Eltern (eventuell den Großeltern) obliegt, ergibt sich einerseits aus §. 1220, wonach Eltern und Großeltern die Kinder „zu ernähren und zu versorgen verpflichtet sind" (vgl. auch §. 792: „Erziehung und Versorgung"), andererseits arg. §. 166, wonach „auch ein uneheliches Kind das Recht hat, von

21) Stubenrauch S. 423 Note * gegen die abweichende Meinung Wessely's.

22) Vgl. Entsch. G.-Z. 1872 Nr. 57 [= Sammlung X. Nr. 4523]: Ein Weib hatte den Mann vor 10 Jahren verlassen, mit anderen Männern gelebt und von ihnen Kinder bekommen; wegen unterlassener Bestreitung wurde entschieden, sie seien als eheliche anzusehen.

23) Entsch. G.-Z. 1852 Nr. 124, 154 (= Peitler 2. Aufl. Nr. 54).

24) Pl.-Entsch. G.-H. 1870 Nr. 57 [= Sammlung VIII. Nr. 3692].

seinen Eltern eine ihrem Vermögen angemessene Verpflegung, Erziehung und Versorgung zu fordern." [1])

Ein Ausfluß dieser Versorgungspflicht ist die elterliche Dotationspflicht, d. i. die Verbindlichkeit der Eltern (subsidiär der Großeltern), den sich verheirathenden Töchtern und Enkelinnen ein ihrem Stande und Vermögen angemessenes Heirathsgut, den Söhnen und bezw. Enkeln hingegen aus gleichem Anlaß eine angemessene Ausstattung, d. i. dasjenige, was zur Anlegung eines ordnungsmäßigen Hausstandes nothwendig ist, zu verabreichen, — während es eine elterliche Verpflichtung zur Bestimmung einer Widerlage nicht gibt.[2]) Die Dotationspflicht als Ausfluß der Versorgungspflicht greift ebenfalls nur soweit Platz, als der zu Dotirende nicht eigenes ausreichendes Vermögen besitzt (§§. 1220, 1231); sie entfällt aber, abgesehen von dem Falle des Besitzes eigenen Vermögens:

1) wenn die Eltern (Großeltern) selbst nicht das erforderliche Vermögen zur Bestellung eines angemessenen Heirathsgutes besitzen, worüber das Gericht auf Ansuchen der Brautpersonen ohne Zulassung eines Rechtsstreits nach vorläufiger, nicht strenger Erforschung des Vermögensstandes zu entscheiden hat (§. 1221);

2) wenn das Kind ohne Wissen oder gegen den Willen der Eltern heirathet, und das Gericht die Ursache der Mißbilligung gegründet findet; in diesem Falle sind die Eltern, selbst wenn sie nachträglich die Ehe gutheißen, zu einer Dotation nicht verpflichtet (§. 1222). Da das Gesetz nicht unterscheidet, so gilt diese Bestimmung auch dann, wenn eine großjährige Tochter ohne Zustimmung ihrer Eltern heirathet[3]), und es sind unter „Eltern" nach der allgemeinen Regel des §. 42 hier auch die Großeltern verstanden[4]);

3) bei einer zweiten Verehelichung des Kindes, wenn die Dotirung bei der ersten bereits erfolgt war (§. 1223). Auch eine seitherige Verbesserung der Vermögensumstände der Eltern kann daran nichts ändern.

Dagegen macht die Verzichtleistung auf das Erbrecht (§. 551) des Anspruchs auf Dotation nicht verlustig.

Alle diese Bestimmungen gelten auch für die Verabreichung einer Ausstattung an den sich verheirathenden Sohn oder Enkel (§. 1231).

Die Versorgungspflicht im Allgemeinen und die Dotationspflicht insbesondere greifen auch Platz zu Gunsten der legitimirten und adoptirten Kinder, jedoch auch hier mit der Beschränkung, daß die Legitimation durch Begünstigung des Landesfürsten und die Adoption die Eltern des Parens nicht berührt (§§. 162, 183), und daß sie auch durch den Adoptions-

1) Demungeachtet behauptet Pann G.-H. 1868 Nr. 71, daß der Versorgungsanspruch nur den unehelichen Kindern zustehe.

2) Das röm. R. kennt nur eine Verbindlichkeit zur Bestellung der Dos. Arndts §. 396, Windscheid §. 493. — Ueber die Streitfrage, ob der Vater zur Dotation auch bei bereits bestehender Ehe und ob er zur Redotation verpflichtet sei, s. die Literatur bei Windscheid Note 5.

3) Der Grund liegt in der gegen die Eltern zur Last fallenden Impietät.

4) Vgl. Kirchstetter (2. Aufl.) S. 577 Note 8.

vertrag ganz ausgeschlossen werden kann (§. 184). In allen Fällen aber behalten die Adoptivkinder den Versorgungs- und Dotationsanspruch gegen ihre natürlichen Eltern und Großeltern (§. 183). Sind aber nach Maßgabe des Adoptionsvertrags auch die Adoptiveltern dazu verpflichtet, so geht ihre Verpflichtung jener der leiblichen Eltern vor.[5]) — Die vorangeführten Ansprüche sind unverjährbar (§. 1481).[6])

§. 459. Rechte des unehelichen Kindes.

Die unehelichen Kinder haben nicht gleiche Rechte mit den ehelichen (§. 155); sie sind insbesondere von allen Rechten ausgeschlossen, die lediglich auf dem Familienverbande und der Verwandtschaft beruhen, wie namentlich dem gesetzlichen Erbrechte nach den Verwandten der Eltern, dem Alimentationsanspruche gegen solche u. s. w. (§. 165 pr.). Sie erhalten auch nicht, wie bei ehelichen Kindern der Fall ist, den Namen und die Standesvorzüge des Vaters, sondern nur den Geschlechtsnamen der Mutter[1]), ohne den etwaigen Adel (§. 165); der Mutter folgen sie auch in der Staatsbürgerschaft, Gemeindezuständigkeit und dem Gerichtsstande. Wohl aber haben sie gegenüber beiden Eltern Anspruch auf Erziehung, Verpflegung und Versorgung, jedoch nur nach Maß des Vermögens, nicht auch, wie die ehelichen Kinder, nach dem Stande der Eltern (§. 166 pr.). Eine Versorgung ist übrigens verschafft, sobald das Kind im Stande ist, sich selbst fortzubringen, sei es als Handwerker oder auch nur als Taglöhner u. dgl., ohne daß es in diesem Falle noch einer besonderen Ausstattung durch ein Capital u. dgl. bedürfte.[2]) Das Recht und die Pflicht zur Erziehung im engeren Sinne (der geistigen, religiösen,

---

5) Ellinger ad §. 1220 und Kirchstetter S. 577 nehmen eine solidarische Dotationspflicht an.

6) Der Dotationsanspruch ist unübertragbar. Obwohl die Tochter über das bereits ausbezahlte Heirathsgut verfügen, und es auch dem Manne vermachen kann (§. 669) so gilt doch nicht das Gleiche von dem Anspruch auf das erst zu bestellende Heirathsgut. Wurde ein solches während der Ehe nicht bestimmt, der Anspruch darauf aber von der Tochter dem Manne vermacht, so kann dieser nach ihrem Tode das Heirathsgut nicht mehr fordern. Swoboda Erört. prakt. Rechtsfälle S. 93—102.

1) Bei verehelichten oder verwitweten Frauen ist dieser Geschlechtsnamen der Namen jener Familie, von welcher diese Frau abstammt. Zeiller I. S. 395, 396.

2) Die Praxis ist schwankend. Vgl. Entsch. G.-H. 1866 Nr. 86 [= Sammlung V. Nr. 2462]; das Kind, welches ein Handwerk erlernt hat, ist versorgt, auch wenn ihm die Mittel zum selbständigen Betriebe des Handwerks (das Meisterrecht) fehlen. Entsch. G.-Z. 1867 Nr. 30 [= Sammlung V. Nr. 2619] läßt ebenso das Kind als versorgt gelten, welches sich als Taglöhner durch seiner Hände Arbeit ernähren kann. Mehr von den Eltern fordern Sammlung I. Nr. 133, 307, IV. Nr. 1832, 2054, Pann G.-H. 1868 Nr. 71. Vgl. Entsch. G.-Z. 1855 Nr. 113 (= Peitler 2. Aufl. Nr. 69), ferner Spr.-Rep. Nr. 74 (= G.-Z. 1874 Nr. 82 [= Sammlung XII. Nr. 5476]): Um einen Geldbetrag als Versorgung ansprechen zu können, muß Anlaß und Bedürfniß nachgewiesen werden. — Stubenrauch S. 454 will Sicherstellung des Versorgungsanspruchs vor der Zeit des wirklichen Bedarfes verlangen lassen; dagegen v. Straß Jurist XVII. S. 499, weil die Ziffer des zu leistenden Capitals einstweilen noch unbestimmt ist.

leiblichen Pflege) steht zunächst der Mutter zu, während der Vater die Kosten zu tragen hat (§. 168); nur wenn sich gegen die Erziehung durch die Mutter Bedenklichkeitsgründe ergeben, ist der Vater berechtigt und verpflichtet, das Kind zu sich zu nehmen oder es anderswo unterzubringen, wo es ordentlich erzogen werden kann (§. 169).

Für die Verpflegung hat immer der Vater zu sorgen; die Mutter erst dann, wenn der Vater dies zu thun nicht im Stande ist (§. 167). Kommt der ursprünglich vermögenslose Vater zu Vermögen, so hat er die Verpflegungskosten nicht nur für die Zukunft, sondern von der Geburt des Kindes an zu entrichten[3]); sind sie mittlerweile von der Mutter bestritten worden, so hat sie gegen ihn einen Ersatzanspruch[4]), zu dessen Geltendmachung der Vormund des Kindes keineswegs legitimirt ist. Selbstverständlich ist aber auch die Alimentationspflicht der unehelichen Eltern insofern eine subsidiäre, als sie, wenn das Kind eigenes, Einkünfte abwerfendes Vermögen besitzt, nur den durch diese Einkünfte nicht bedeckten Rest beisteuern müssen.[5]) Zu den Verpflegskosten werden von der Praxis auch die Begräbnißkosten gerechnet, weil damit „an dem Kinde das letzte Werk leiblicher Sorgfalt geübt wird".[6]) Von der Dauer der elterlichen Alimentationspflicht gilt auch hier die Regel des §. 141.[7])

---

3) Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 12 [= Sammlung VII. Nr. 3400]. Vgl. aber auch Jud. Buch Nr. 81 (G.-Z. 1874 Nr. 1 [= Sammlung XI. Nr. 5177]): Der Ersatz kann nur für jene Zeit, da der Vater erwerbsfähig war, nach Maßgabe seiner Erwerbsfähigkeit verlangt werden.

4) §. 1042 b. G.-B. Auch diesfalls war die Praxis keine einheitliche. Vgl. Entsch. G.-Z. 1854 Nr. 156 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 67], wo diese Klage (mit Unrecht) als eine nach §. 1489 verjährende Entschädigungsklage behandelt ist; s. dagegen Jud.-Buch Nr. 81 (G.-Z. 1874 Nr. 1 [= Sammlung XI. Nr. 5177]). Nach Entsch. G.-Z. 1872 Nr. 22 [= Sammlung IX. Nr. 4306] soll die Mutter, welche vom Vater den Ersatz der von ihr bestrittenen Verpflegskosten nachträglich anspricht, beweisen müssen, daß der Beklagte damals die zu dieser Leistung nöthigen Mittel besaß, während Spr.-Rep. Nr. 29 (G.-Z. 1872 Nr. 98 [= Sammlung X. Nr. 4770] dem Beklagten den Beweis des Gegentheils auflegt. — Entsch. G.-H. 1867 Nr. 38 [= Sammlung VI. Nr. 2735] spricht der Mutter den Ersatzanspruch ab, weil die Verpflegungspflicht nach §§. 166, 167, 171 beide Eltern gemeinschaftlich treffe, und die Mutter von Niemandem Ersatz fordern könne, wenn sie dieser Pflicht freiwillig nachgekommen sei; ähnlich Entsch. G.-H. 1857 Nr. 9, G.-Z. 1874 Nr. 38 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 57, Sammlung XI. Nr. 5111]. — Entsch. G.-Z. 1855 Nr. 50, 1858 Nr. 126 [= Sammlung I. Nr. 46, II. Nr. 517] sprechen den Ersatzanspruch auch einem Dritten zu, der die Kosten bestritten hat, trotz §. 186 b. G.-B.; dagegen kann (Entsch. G.-Z. 1855 Nr. 50 [= Sammlung I. Nr. 46], Sammlung I. Nr. 338, II. Nr. 517, 851, III. Nr. 1214, 1375, 1414 vgl. auch Kirchstetter S. 116) das von Dritten verpflegte Kind selbst diesen Ersatz von den Eltern nicht fordern. — Auch der Vormund kann den Ersatz der von der Mutter bestrittenen Kosten nicht beanspruchen: Entsch. G.-Z. 1861 Nr. 132, Jud.-B. Nr. 40 in G.-Z. 1872 Nr. 76 [= Sammlung III. Nr. 1214, 1375]. Vgl. nun über die ganze Frage die Motivirung in Jud.-Buch Nr. 81 cit.

5) Helm Rechtsfall in Ztschr. für öst. R.-G. 1827 I. S. 273 fg. [= Peitler 2. Aufl. Nr. 52].

6) So Entsch. G.-H. 1869 Nr. 29, Spr.-Rep. Nr. 10 (G.-Z. 1872 Nr. 92) [= Sammlung VII. Nr. 3227, X. 4668].

7) „Bis sie sich selbst ernähren können". Dagegen beschränkt Swoboda Jurist

Das von den Verpflegskosten Gesagte trifft gleichmäßig zu auch für die Kosten der Versorgung. Auch ist der Anspruch auf beide ein unverjährbarer (§. 1481).

Ueber die so unter die unehelichen Eltern vertheilten Obliegenheiten der Erziehung im engeren Sinne, Verpflegung und Versorgung können dieselben unter einander einen Vergleich eingehen; doch bindet ein solcher nur sie, nicht auch das Kind; diesem bleibt vielmehr immer die rechtliche Möglichkeit, seine Ansprüche in Gemäßheit der gesetzlichen Regelung geltend zu machen (§. 170).[8])

Die Verbindlichkeit, uneheliche Kinder zu verpflegen und zu versorgen, geht nicht, wie bei den ehelichen, auf die Großeltern über, da ja diese Kinder von den Rechten der Familie und der Verwandtschaft ausgeschlossen sind; dagegen wird in unserem Falle die Verbindlichkeit als eine auf dem Vermögen der Eltern haftende angesehen, so daß sie auf deren Erben übergeht (§. 171), — während für eheliche Kinder, abgesehen von ihrem Anspruche gegen die Großeltern, auch durch das ausgedehntere ihnen zukommende Erbrecht gesorgt ist. — Die Bestimmung des §. 171 gilt, da das Gesetz nicht unterscheidet, auch dann, wenn die Erben des Vaters oder der Mutter deren eheliche Descendenten sind; nur darf der Pflichttheil derselben durch die Concurrenz der unehelichen Kinder nicht geschmälert werden, und sollen die ehelichen Kinder in Concurrenz mit unehelichen höchstens diesen gleich, nicht aber schlimmer als diese behandelt werden.[9]) In Concurrenz mit anderen Gläubigern aber, namentlich im Concurse, ist die Verbindlichkeit des §. 171 nicht „gleich einer anderen Schuld" zu behandeln, da sie sich nach dem Vermögen richtet, und dann eben kein Vermögen mehr vorhanden ist, wenn es durch Schulden erschöpft wird.[10])

Die beiden Eltern obliegende Versorgungspflicht bezieht sich nicht gleichmäßig auch auf die Dotation der heirathenden Kinder; eine uneheliche Tochter kann nämlich nur von der Mutter ein dem Vermögen der letzteren entsprechendes Heirathsgut (§. 1220), ebenso ein unehelicher Sohn nur von ihr eine Ausstattung verlangen (§. 1231).

XII. S. 449 fg. diese Pflicht auf die Dauer der Unmündigkeit des Kindes; ähnlich die Entsch. bei Peitler 2. Aufl. Nr. 60; Anklänge der gleichen Anschauung enthalten auch Nr. 58, 59 ebda.

8) Ueber die Frage, ob das Maß dieser Verbindlichkeiten unter Zustimmung der Vormundschaftsbehörde durch Vergleich ein für allemal fixirt werden könne, vgl. die einander widersprechenden Entsch. G.-Z. 1874 Nr. 63, 77 [= Sammlung XII. Nr. 5231, 5320]. Die letztere ist wohl die richtigere; vgl. unten §. 463 Note 6 a. E.

9) Stubenrauch S. 455, 456. Dagegen lehrt Winiwarter S. 421, die Versorgungspflicht der Eltern dürfe in dieser Beziehung nicht als eine auf deren Nachlaß haftende Schuld behandelt werden; ebenso in Beziehung auf den Nachlaß der Mutter Damianitsch Jurist IX. S. 190 fg.

10) Vgl. Schindler Ztschr. f. östr. R.-G. 1829 II. S. 112 fg., van Straß Jurist XVII. S. 499 fg., Winiwarter a. a. O., Kirchstetter S. 116 Note 4; a. M. jedoch Stubenrauch S. 454, 455.

§. 463. Schutz der Eltern- und Kindesrechte.

Die minderjährigen Kinder stehen unter einem besonderen Schutze der Gesetze (§. 21 b. G.-B.), welcher namentlich darin besteht, daß deren Ansprüche gegen die Eltern nicht den Zufälligkeiten des processualen Verfahrens in Streitsachen preisgegeben, sondern von dem Gerichte als Stellvertreter des Landesfürsten, der nach germanischer Ansicht der Schutzherr aller Schutzbedürftigen ist, auf erhaltene Anzeige von Amtswegen wahrgenommen werden.[1]) Dies bedingt das diesem Verhältniß entsprechende und im Gesetze wiederholt nachdrücklich betonte officiose Verfahren bei Rechtsansprüchen minderjähriger Kinder gegen ihre Eltern. Der Richter hat daher die Sache von Amtswegen zu untersuchen und nach Billigkeit zu entscheiden, insbesondere wenn der eheliche Vater seine väterliche Gewalt mißbraucht oder umgekehrt sie vernachlässigt, und er hat darüber nicht nur auf Anzeige des Kindes oder seiner Anverwandten, sondern auf Jedermanns Anzeige das Amt zu handeln (§. 178); darauf beruht insbesondere die Berechtigung des Gerichts, in Fällen, wo die väterliche Einwilligung gesetzliches Erforderniß eines Rechtsactes ist, die ungegründete Verweigerung derselben zu beheben, und die mangelnde väterliche Bewilligung durch die eigene zu suppliren (§§. 52, 181)[2]); darauf dessen Berechtigung, einem mündig gewordenen Kinde, dessen dem Vater vorgetragene Wünsche in Betreff einer seinen Neigungen und Fähigkeiten angemessenen Erziehung kein Gehör gefunden haben, wenn es die Billigkeit fordert, von Amtswegen das Gesuch um eine entsprechendere Erziehung zu gewähren (§. 148). Officios verfährt der Richter auch, wenn geschiedene oder getrennte Eheleute über die Erziehung und Verpflegung ihrer minderjährigen Kinder nicht einig sind (§. 142), oder wenn sich Eltern auf ihr Unvermögen berufen, den Kindern, die eine Ehe schließen wollen, ein angemessenes Heirathsgut oder Ausstattung zu geben (§§. 1221, 1231), oder wenn sie die Dotation aus dem Grunde verweigern, weil sie mit der Ehe nicht einverstanden sind (§. 1222).[3]) Ebenso wird auch der Anspruch der Enkel gegen ihre Großeltern auf Verabreichung der Verpflegung, welche die Eltern nicht verabreichen können (§. 143), nicht im gewöhnlichen Proceßwege, sondern in dem der amtlichen Untersuchung zu verhandeln sein.[4]) Auch die Ansprüche der Kinder gegen ihren ehelichen Vater aus dem Titel der ihm zustehenden Vermögensverwaltung und Vertretung eignen sich umsoweniger zur Austragung im Rechtswege, als der Vater

---

1) Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 27 [= Sammlung VII. Nr. 3244] motivirt die Nothwendigkeit des officiosen Verfahrens bei Verpflegungsansprüchen der Enkel gegen ihre Großeltern ausdrücklich durch die Hinweisung auf §. 21 b. G.-B.

2) Darauf beruht die (Grundr. §. 462 Note 3 cit.) Pl.-Entsch. G.-H. 1869 Nr. 67 [= Schimkowsky I. Nr. 22], durch welche eine minderjährige Tochter für großjährig erklärt wurde, welcher der Vater grundlos die Entlassung aus der väterlichen Gewalt verweigerte.

3) Hier greift das officiose Verfahren auch dann Platz, wenn die Kinder großjährig sind.

4) So Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 27 (s. Note 1).

hier nur die Stellung eines Curators einnimmt, und ein solcher vom Gerichte von Amtswegen zur Erfüllung seiner Obliegenheiten verhalten werden muß. Daraus folgt, daß auch das Begehren des großjährig gewordenen Kindes um Herausgabe seines während der Minderjährigkeit vom Vater verwalteten Vermögens im officiosen Wege zu verhandeln, und der Vater von Amtswegen zur Herausgabe zu verhalten ist.[5])

Nicht minder sind die Ansprüche unehelicher Kinder gegen ihre Eltern auf angemessene Verpflegung und Versorgung ein geeigneter Gegenstand officioser Verhandlung, obwohl die Praxis geneigt ist, hier den Proceßweg zuzulassen. Wird der letztere betreten, so ist wenigstens der richterlich zuzusprechende Betrag der Alimentationskosten nicht Gegenstand eines gewöhnlichen Beweises, insbesondere nicht des Schätzungseides oder eines Kunstbefundes, sondern er ist vom Richter nach seinem Ermessen zu bestimmen.[6])

Machen hingegen die Eltern ihre Elternrechte geltend, so können sie die Wohlthat des officiosen Rechtsschutzes nur dann in Anspruch nehmen, wenn darin zugleich die Geltendmachung der Rechte der Kinder liegt. Darum ist der Anspruch eines geschiedenen Gatten gegen den anderen auf Herausgabe des Kindes nicht Gegenstand einer Klage (§. 142)[7]), und wenn Kinder ihren Eltern entlaufen, so können die letzteren sogar die Hilfe der Administrativbehörden in Anspruch nehmen, um sie zurückzubringen (§. 145).[8]) Dagegen ist der Anspruch der Eltern und Großeltern gegen Kinder und Enkel auf Alimentation (§. 154) im gewöhnlichen Proceßwege auszutragen, und nur der Betrag der zu verabreichenden Alimentation (arg. §. 1221) vom Richter nach billigem Ermessen festzustellen.

Großjährige Kinder stehen nicht unter dem besonderen Schutze

---

5) Pl.-Entsch. G.-Z. 1870 Nr. 84 [= Sammlung VIII. Nr. 3777].

6) Es können wohl Vermögensverhältnisse, nicht aber die Höhe des davon abhängigen Alimentationsbetrages Gegenstand eines Parteibeweises (z. B. eines Schätzungseides) sein; dieser Betrag ist vielmehr vom Richter nach Billigkeit zu bestimmen. Hofentschl. vom 9. April 1800, Entsch. G.-Z. 1857 Nr. 116 [= Sammlung I. Nr. 371 (sehr gekürzt)]. Auch Entsch. in Haimerl's Mag. XVI. S. 497 fg. [Sammlung I. Nr. 326] und G.-Z. 1861 Nr. 132 [= Sammlung III. Nr. 1214] erklären die Abhängigmachung des Alimentationsbetrages von einem Schätzungseide, und Entsch. G.-H. 1864 Nr. 28 [= Riehl I. S. 139] von einem Sachverständigenbeweise als unzulässig, und behalten die Bemessung ausschließlich dem richterlichen Arbitrium vor. — Auch ein Vergleich über das Quantum des Alimentationsbetrages, selbst wenn er gerichtlich bestätigt wird, ist nicht für alle Zukunft maßgebend; er hindert den Vormund nicht, später nach Erforderniß einen höheren Betrag zu fordern, und begründet keine exceptio rei transactae — eben weil auch öffentliches Interesse mit im Spiel ist. So Entsch. G.-Z. 1874 Nr. 77; dagegen freilich Entsch. G.-Z. 1874 Nr. 63 [= Sammlung XII. Nr. 5320, 5231]; vgl. auch oben §. 459 Note 8. —

7) Pl.-Entsch. G.-H. 1866 Nr. 87 [= Sammlung V. Nr. 2492]; so auch, wenn hierüber ein Vergleich vorliegt, der von einem Theile nicht zugehalten wird: Entsch. G.-Z. 1873 Nr. 10 [= Sammlung X. Nr. 4814].

8) Arg. §. 145 verb.: „obrigkeitlichen." Vgl. Pisko G.-H. 1867 Nr. 85.

der Gesetze; im allgemeinen[9]) müssen also ihre Ansprüche gegen die Eltern im ordentlichen Rechtswege ausgetragen werden. Das Nämliche gilt auch von den Ansprüchen minderjähriger Kinder, welche nicht aus dem Eltern- und Kinderverhältniß stammen, z. B. dem Anspruch auf Anerkennung und Bezahlung einer gewöhnlichen Geldschuld. In solchem Falle ist zur Vertretung des Kindes ein Curator zu bestellen (§. 271).

Der Anspruch der Eltern gegen Dritte auf Herausgabe eines ihnen vorenthaltenen Kindes (actio de liberis exhibendis) ist entweder im Rechtswege oder officios zu verhandeln, je nachdem das Elternverhältniß bestritten oder unbestritten ist. So lange unter den Parteien das Elternverhältniß streitig ist, ist ein officioser Schutz nicht möglich; die Präjudicialfrage muß erst im Rechtswege ausgetragen werden, bevor der Richter entscheiden kann, welcher Partei das Kind gehören soll. Darum ist in solchem Falle sogar ein possessorischer Schutz des Elternverhältnisses, solange nicht mala fides nachgewiesen ist, zulässig (§. 1458). Ist aber die Elternfrage unbestritten, und das Kind wird aus anderen Gründen (z. B. aus dem Grunde einer Verdingung, der Uebernahme in die Pflege oder von dem geschiedenen Gatten gegen die Ordnung des §. 142) zurückgehalten, dann hat der Richter die Grundhältigkeit der Einwendung von Amtswegen zu untersuchen, und da es sich hier mehr um das Beste des Kindes, als um die Rechte der Eltern handelt, officios zu entscheiden. Insbesondere bildet die eigenmächtige Verdingung des Kindes zu Diensten nicht, wie bei Pupillen (§. 246), gegenüber der Forderung der Eltern eine stichhaltige Einwendung (§. 145). Erhebt ein geschiedener oder getrennter Ehemann gegen die Frau den Anspruch auf Herausgabe des vorenthaltenen Kindes, so ist das Begehren nicht bei der Personalinstanz der Mutter, sondern bei der eigenen anzubringen, da eben diese die Vormundschaftsbehörde des Kindes und daher zur officiosen Verhandlung und Entscheidung berufen ist.[10])

Die präjudicielle Streitfrage, wer der Vater eines Kindes sei, ist im Rechtswege auszutragen (§§. 158, 159, 163, 121; vgl. auch §. 1458).

§. 464. Einleitung zum Vormundschaftsrecht.

Da Minderjährige und solche Personen, die aus anderen Gründen ihre Angelegenheiten nicht selbst besorgen können[1]) oder dürfen, unter einem besonderen Schutze des Gesetzes stehen (§. 21 b. G.-B.), der sich insbesondere in der Beigebung eines für sie handelnden Stellvertreters äußert, so muß für solche Personen in Fällen, wo ihnen die aufopferndste der Stellvertretungen, die Obsorge ihres ehelichen Vaters nicht zu Statten

9) Anders steht es um ihre Ansprüche aus der vom Vater während ihrer Minderjährigkeit geführten Vermögensverwaltung (§§. 149, 150) und ihre Dotationsansprüche (§§. 1221, 1231). Note 3, 5.

10) Entsch. G.-H. Nr. 63 [= Sammlung VII. Nr. 3262].

1) Wie z. B. in vielen Fällen Abwesende (§. 276 b. G.-B.).

kommt, ein anderer Stellvertreter bestellt werden. Dies ist entweder ein Vormund (Tutor), oder ein Curator (§. 187). Der Vormund hat im Wesentlichen die nämliche Aufgabe, wie sie dem ehelichen Vater vermöge seiner väterlichen Gewalt obliegt; er hat also sowohl Rechte über die Person, als das Recht, das Vermögen desjenigen zu verwalten, dessen Angelegenheiten er leiten soll; daher wird er für Minderjährige bestellt, denen eine väterliche Gewalt nicht zu Statten kommt (§. 188). Der Curator dagegen hat nur die Vermögensverwaltung oder die Besorgung einzelner Rechtsangelegenheiten des Pflegebefohlenen, aber keine Rechte über die Person.[2]) Demgemäß wird er auch wenigstens zunächst aus einem anderen Veranlassungsgrunde als jenem der Minderjährigkeit bestellt (§. 188). Irrig aber wäre die Annahme, daß einem Minderjährigen immer nur ein Vormund, nie ein Curator zu bestellen sei; das Gegentheil beweisen die §§. 51, 121, 158, 175, 197, 209, 225, 271, 272, 260 u. a., wie es auch umgekehrt vorkommt, daß Personen, die das 24. Jahr zurückgelegt haben, unter der Gewalt eines Vormundes stehen (§. 251). Der eigentliche Unterschied zwischen Vormund und Curator ist vielmehr der, daß der Vormund die väterliche Gewalt weiter führen, somit insbesondere auch für die Erziehung des Pflegebefohlenen sorgen, der Curator dagegen andere Angelegenheiten desselben unter Umständen besorgen soll, wo sie vom Vater oder Vormund nicht besorgt werden können. Der romanistische Unterschied[3]) zwischen Tutor und Curator ist dem österreichischen (wie dem deutschen) Rechte fremd.

Vormund wie Curator sind Bestellte des Gerichts und bezw. des Landesfürsten als Schutzherrn der Schutzbedürftigen.[4]) Der eigentliche Repräsentant der Letzteren ist also das Gericht selbst, der Vormund und Curator sind nur Substituten dieses eigentlichen Repräsentanten[5]). Hieraus ergibt sich das Recht und die Pflicht des Gerichts, in Angelegenheiten, die wegen ihrer Wichtigkeit und Bedenklichkeit nicht dem freien Ermessen des Vormundes (Curators) überlassen werden können, im Namen des Pflegebefohlenen selbst thätig zu werden.[6]) Mit Hinsicht auf diese Function und die dem Gerichte obliegende Aufsicht über die ordnungsmäßige Vormundschafts- und Curatelsführung wird dasselbe das vormundschaftliche Gericht oder die Obervormundschaft genannt.[7])

---

2) Gleichwohl ist dadurch nicht ausgeschlossen, daß dem Curator (z. B. eines Geisteskranken) auch eine Aufsicht über die Person zukomme. Sie hat aber nicht die Kriterien einer privatrechtlichen Gewalt.

3) Mündige erhielten nur Curatoren, und deren Consens hatte eine ganz andere Bedeutung als die auctoritas tutoris.

4) Vgl. Puchta Pand. §. 331, Stubenrauch I. S. 485. — Selbstverständlich könnte die Ausübung dieser Functionen auch anderen Organen, als den Gerichten (Waisencommission, Familienrath) übertragen sein.

5) Treffend ist das gesagt im A. L.-R. II. 18 §. 235.

6) Auch in solchen Fällen jedoch kann es nöthig sein, daß sich das Gericht von dem Vormund oder Curator unter dessen Verantwortlichkeit berathen lasse — eine Verantwortlichkeit, die über den Rahmen des §. 1300 hinausgeht.

7) Daß die Obervormundschaft auch gegenüber der väterlichen Gewalt ihre

Unter Vormund im weiteren Sinne ist auch der Curator mitverstanden; im b. G.-B. aber wird der Ausdruck **Vormund** fast immer im Gegensatz von Curator genommen; die Stellung des ersteren wird technisch **Vormundschaft**, die des letzteren **Curatel** genannt; ebenso heißt der unter der Gewalt des Vormundes Stehende gewöhnlich **Mündel** oder **Pupill**, derjenige hingegen, dessen Angelegenheiten von einem Curator versehen werden, ihm gegenüber Curand, — während die gemeinsame Bezeichnung für beide die von **Pflegebefohlenen** ist.

Hiernach zerfällt das Vormundschaftsrecht in zwei Abtheilungen: die Lehre von der Tutel und jene von der Curatel.

§. 477. Schutz der aus der Vormundschaft hervorgehenden Ansprüche.

Die Ersatzansprüche des Mündels gegen den Vormund wegen pflichtwidriger Verwaltung des Vermögens (§§. 210, 264)[1], sowie subsidiär gegen die Obervormundschaft wegen Vernachlässigung ihrer Amtspflichten (§. 265) werden im ordentlichen Rechtswege verfolgt, und es wird hiebei der Mündel, wenn er noch nicht die Großjährigkeit erreicht hat, von einem neu zu bestellenden Vormunde vertreten (§§. 193, 257). Darum kann selbst die allfällige Bemängelung der Vormundschaftsrechnungen, die sonst amtlich zu erledigen sind, auf den Rechtsweg[2]) gewiesen werden. Ebenso gehört auch der Anspruch des Vormunds gegen den Mündel wegen Verwendungen, wenn er nicht im Abrechnungswege beglichen oder sonst vom vormundschaftlichen Gerichte anerkannt wird, auf den Rechtsweg.[3])

Alle sonstigen Ansprüche aus dem Vormundschaftsverhältnisse sind amtlich wahrzunehmen. Darauf beruht die Bestimmung des §. 217, daß der Mündel berechtigt ist, sich nicht nur bei seinen nächsten Verwandten, sondern auch beim Vormundschaftsgericht zu beschweren, wenn der Vormund seine Gewalt mißbrauchen oder umgekehrt die Pflicht hinsichtlich der Obsorge und Pflege vernachlässigen sollte, — und daß aus gleichem Anlaß auch den Anverwandten, ja Jedermann das Recht der Anzeige zusteht. Darum hat das Gericht von Amtswegen auf die ordentliche Rechnungslegung zu dringen (§§. 239, 262), und eine Klage auf Rechnungslegung wäre selbst nach geendeter Vormundschaft nicht statthaft. Ebenso ist es Sache des Gerichts, den Vormund nach beendigter Vormundschaft zur Uebergabe des Vermögens von Amtswegen zu verhalten (§. 263).

Endlich hat sich auch der Vormund lediglich an das Gericht um Hilfe zu wenden, wenn er den Vergehungen des seiner Obsorge anvertrauten Mündels durch die ihm eingeräumte Gewalt Einhalt zu thun nicht vermag (§. 217 a. E.), und dieses hat von Amtswegen die nach der Sachlage geeigneten Mittel zu ergreifen.

Functionen zu üben hat, ist selbstverständlich, sowie die väterliche Gewalt als eine Art Vormundschaft aufgefaßt ist. Gleichwohl ist leicht begreiflich, daß sie der väterlichen Gewalt gegenüber in einzelnen Beziehungen weniger bedeutet, als gegenüber der gewöhnlichen Vormundschaft.

1) Die sogen. actio tutelae directa.
2) Rechnungsproceß.
3) Sogen. actio tutelae contraria.

Findet sich der Vormund durch eine seine Vormundschaftsführung betreffende Verfügung des Gerichts beschwert, so hat er dagegen zunächst an dasselbe eine Vorstellung und erst wenn diese fruchtlos bleibt, den Recurs an das höhere Gericht zu richten (§. 268).

§. 480. Rechtliche Natur des Erbrechts.

Die rechtlichen Machtverhältnisse einer Person, die wir ihre Vermögensrechte nennen und deren Gesammtheit das Vermögen dieser Person bildet, brechen mit dem physischen Ende ihres Trägers nicht in ein Nichts zusammen[1]); das Interesse der hinterlassenen Familienglieder, welche nicht selten Miterwerber des Vermögens waren, wie nicht minder das Interesse des Verstorbenen selbst, das Vermögen nach seinem Tode denen zukommen zu lassen, denen er es für ihren Ueberlebensfall zugewendet zu wissen wünschte, erzeugte allenthalben den Rechtssatz von der Perpetuirlichkeit der Vermögensverhältnisse[2]) und von deren Uebergang an gewisse vom Gesetz oder vom Erblasser selbst hiezu designirte Personen. Nicht weniger gebieterisch forderte den gleichen Rechtssatz das Interesse der allfälligen Gläubiger des Verstorbenen, welche, wenn sein Vermögen durch seinen Tod als verschwindend angesehen würde, nicht nur um ihren Schuldner, sondern auch um die Mittel ihrer Befriedigung kommen würden. Es mußten also, wie das Vermögen, so auch die auf demselben haftenden Verbindlichkeiten, zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger, als das Leben ihres Trägers überdauernd und an denjenigen übergehend betrachtet werden, an den das Vermögen gelangt. Eine Ausnahme davon mußten jene Vermögensrechte machen, die schon ihrer Natur nach[3]) schlechterdings an die Person des Verstorbenen geknüpft sind, wie denn auch bezüglich der Personenrechte, insbesondere der Familienrechte, weder Zweckmäßigkeits- noch Möglichkeitsgründe für ihre Aufrechthaltung nach dem Tode ihres Subjects sprechen. Abgesehen davon findet sich regelmäßig nach dem Tode einer Person ein Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten vor, welche, weil nicht an deren persönliche Existenz gebunden, fähig sind, deren physisches Dasein zu überdauern; wie deren Gesammtheit bei Lebzeiten dieses Individuums sein Vermögen darstellte, so bildet sie nunmehr sein nachgelassenes Vermögen, oder kurzweg seinen

1) An sich liegt allerdings der Gedanke nahe genug, es müsse der Tod, als Wegfall des Subjectes, eine Erlöschungsart aller Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen sein, so daß seine Vermögensobjecte nunmehr Gegenstand freier Occupation werden könnten. Vgl. den Ausspruch der L. 1. pr. D. de div. rerum 1. 8 über die hereditas jacens: „... res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt.“ Aber auch Savigny I. S. 380 bis 386.

2) Auf die Unvergänglichkeit der Vermögensverhältnisse, in denen das Individuum nur etwas Zufälliges und Wechselndes ist, stützt Unger (Erbr. S. 1—4) das Erbrecht, die tiefere Begründung dieses Satzes der Rechtsphilosophie überlassend.

3) Z. B. die Personalservituten, die Verbindlichkeit zu einem höchst persönlichen Thun (§. 1162).

Nachlaß[4]), seine Verlassenschaft (§. 531). Die ältere Bezeichnung dafür ist „das Erbe", daher der Verstorbene in dieser Beziehung auch Erblasser genannt wird. Diejenige Person, an welche der Nachlaß nach der Bestimmung der Rechtsordnung gelangen soll, wird technisch der Erbe (heres), und der Nachlaß in Beziehung auf ihn die Erbschaft[5]) (hereditas) genannt (§. 532).

Die Gesammtheit der Bedingungen, welche in einer Person vereinigt sein müssen, damit sie Erbe sei, und somit (allein oder gemeinschaftlich mit Anderen — sog. Miterben zu quoten Theilen)[6]) in diese Vermögensverhältnisse eintrete, ist das Erbrecht im subjectiven Sinne. Es ist dieses abusive sog. Recht nicht ein Recht im technischen Sinne[7]); denn die dem Erben als solchem zukommende Macht ist keine andere, als jene, die auch schon dem Erblasser zustand, nämlich die Gesammtheit der in dem Nachlaß begriffenen Vermögensrechte — diese Rechte werden bei ihrem Uebergang auf den Erben keineswegs noch um Eines (nämlich das Erbrecht) vermehrt; vielmehr ist das sog. subjective Erbrecht lediglich der Zustand des Erbeseins, also eine juristisch wichtige Beschaffenheit der Person, ein Status, ähnlich wie die Großjährigkeit oder die Paternität, die nicht leicht Jemand in den Begriff eines subjectiven Rechts einzuzwängen versucht sein wird. Wenn unser b. G.=B. das Erbrecht im subjectiven Sinne als die Berechtigung bezeichnet, die ganze Verlassenschaft oder eine Quote derselben in Besitz zu nehmen (§. 532)[8]), so ist damit nicht das Wesen, sondern nur eine der mehreren Wirkungen des Erbrechts ausgedrückt, und eine wirkliche Definition damit ebensowenig gegeben, als ob man z. B. das Eigenthumsrecht als die Berechtigung definiren wollte, seine Sache in Besitz zu nehmen. Auch würde aus dieser Definition folgen, daß das Erbrecht mit der Besitznahme der Erbschaft wegfallen müßte, während es, gerade umgekehrt, von diesem Momente an Wirksamkeit gewinnt.

Der Berechtigung des Erben, in die Verlassenschaft zu succediren, entspricht die gleichmäßige Verpflichtung Jedermanns, dieser Succession nicht hindernd in den Weg zu treten und sich namentlich nicht der Verlassenschaft anzumaßen; sie involvirt also einen sog. absoluten gegen Jedermann wirksamen Anspruch, welcher von der älteren Doctrin und dem b. G.=B. irrig[9]) als dingliches Recht aufgefaßt wurde (§. 532). In der That ist aber das Erbrecht nicht nur darum kein dingliches Recht, weil es überhaupt kein Recht im technischen Sinne ist, sondern es kann schon darum kein dingliches Recht sein, weil die Verlassenschaft als ein Inbegriff von dem Erben zuständigen Rechten nicht selbst wieder als Object eines anderen ihm zustehenden Rechtes angesehen werden kann.

---

4) Vgl. Unger Erbrecht §. 1.
5) Vgl. Unger §. 2.
6) Der alte deutsche Ausdruck für Miterben war Ganerben: Unger §. 2. Anm. 18.
7) Vgl. oben Band I. S. 205—207.
8) Diese Definition findet sich in neuerer Zeit auch bei gemeinrechtlichen Schriftstellern, z. B. bei Köppen Die Erbschaft S. 91, Brinz Pand. S. 655, 658.
9) So schon Unger I. S. 534 fg., 517 fg., 539, Erbr. S. 14, Anm. 12, 14.

Die Succession in die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers (der Erbgang) ist eine Universalsuccession (successio in universum jus defuncti), weil sie in die Gesammtheit seiner Vermögensverhältnisse auf einmal — durch Eine Thatsache — geschieht. Und zwar gilt der Erbe als Gesammtnachfolger auch dann, wenn er nicht die ganze Erbschaft erlangt, sondern sie mit anderen (Mit-) Erben theilen muß, also nur einen Erbtheil erhält, da er denn doch auch in diesem Falle an allen Rechten und Verbindlichkeiten des Erblassers pro parte Antheil hat und mit seinen Miterben in einem Gemeinschaftsverhältnisse steht. Erbe ist also nicht nur, wer den ganzen Nachlaß erhält (Universalerbe), sondern auch, wer nur zu einem aliquoten Theile berufen ist.[10])

Es kann aber Jemand nach dem Willen des Erblassers aus dem Nachlasse auch blos eine einzelne Sache, oder eine Gattung von Sachen, eine bestimmte Geldsumme, oder ein einzelnes Recht[11]) zugewendet erhalten. In diesem Falle liegt, selbst wenn das in dieser Art Zugewendete den größten Theil der Verlassenschaft ausmachen würde, nur eine Singularsuccession vor; das so Zugewendete und auch die Anordnung selbst heißt ein Vermächtniß oder Legat, der Bedachte Vermächtnißnehmer oder Legatar (§. 535). Es besteht aber trotz dieses Ausscheidens einzelner Theile aus der Verlaßmasse eine Universalsuccession, indem der Nachlaß zunächst an den Erben übergeht, welcher sodann verpflichtet erscheint, die Legatare mit den bestimmten Reichungen zu befriedigen. Bis dahin erscheinen die Legatare somit als Gläubiger des Erben.

In Fällen, in welchen es fraglich erscheint, ob der Erblasser ein Vermächtniß oder eine Erbseinsetzung im Auge hatte, wird mit Hinsicht auf den wahrscheinlichen Willen desselben zu untersuchen sein, ob er dem Bedachten (allein oder gemeinsam mit Anderen) die Verfügung über den ganzen Nachlaß überlassen, oder ob er ihn hinsichtlich seiner Befriedigung an einen Dritten verweisen wollte. Die vom Erblasser gebrauchten Worte allein sind dabei nicht entscheidend. Sagt der Erblasser: „Ich vermache mein Vermögen dem A, der Erbe des Hauses x soll jedoch B werden", so ist gleichwohl A als Erbe, B nur als Legatar anzusehen. Hinterläßt der Erblasser dem A sein ganzes bewegliches, dem B sein ganzes unbewegliches Vermögen, so sind beide als Erben, nicht als Legatare zu betrachten, weil der Wille des Erblassers dahin geht, daß A und B mit Ausschließung aller Anderen über seinen Nachlaß zu verfügen berechtigt sein sollen.[12]) Das Gleiche gilt auch dann, wenn der Erblasser sagt:

---

10) Vgl. Unger §. 2 a. E. u. Anm. 16, 17.

11) Z. B. den Fruchtgenuß an einem Verlassenschaftsstücke.

12) Unger §. 8 Anm. 6, Zeiller ad §. 556, Winiwarter ad §. 556, Stubenrauch §. 535 Nr. 3 Anm. 1. Ebenso Sächs. G.-B. §. 2170. Vgl. dagegen Schiffner G.-Z. 1873 Nr. 83, 84, der in dieser Anordnung ein Vermächtniß finden will; denn wohl sei über das Activvermögen, nicht aber auch über die Passiva verfügt; nicht darauf komme es an, ob „in den ganzen Nachlaß" oder ob nur in einzelne Verhältnisse, sondern darauf, ob in den Nachlaß als in ein Ganzes, in den Nachlaß als eine Gesammtheit oder ob in die einzelnen Verhältnisse als einzelne succedirt werden soll.

„Mein ganzes Vermögen besteht aus 30000 fl., davon soll A 10000, B 20000 fl. bekommen"; sollte sich in diesem Falle auch noch anderweitiges Vermögen vorfinden, so ist es zwischen A und B nach dem Verhältnisse von $^1/_3$ zu $^2/_3$ zu vertheilen. Sagt hingegen der Erblasser: „Von jenen 30000 fl. soll A 10000 fl., B. das Uebrige bekommen", dann ist A nur Legatar. Das Nämliche gilt, wenn der Erblasser nach Aufzählung aller Bestandtheile seines Vermögens dieselben mit Ausnahme eines einzelnen Stückes, das dem A zufallen soll, dem B zuwendet; dieser allein ist der Erbe, A nur Legatar. Hingegen sind nur Legate vorhanden, wenn der Erblasser dem A sein Haus, dem B sein Geld, dem C seinen Hausrath hinterläßt, wenn sich außer diesen Stücken nichts in der Verlassenschaft befindet; nur werden die Legatare, wenn sich Niemand als Erbe erklären will, selbst als Erben behandelt (§. 726). Ein Legat liegt auch dann vor, wenn der Erblasser Jemandem den lebenslänglichen Fruchtgenuß seiner Verlassenschaft hinterläßt; sagt er hingegen, daß er dem A die ihm (dem Erblasser) kürzlich von X angefallene Erbschaft hinterlasse, dann gilt A zwar gegenüber dem Testator als Legatar, gegenüber dem X aber als Erbe.[13])

Der Uebergang des Nachlasses an den Erben ist in zweifacher Weise denkbar; entweder so, daß der oder die Erben nebst der Erlangung der gesammten Vermögensrechte auch in die Schulden des Erblassers als Personalschuldner eintreten, oder so, daß die Schulden lediglich auf dem Nachlaßvermögen haften und damit den Gläubigern die Befugniß gewähren, sich aus demselben, so lange etwas vorhanden ist, zu befriedigen, ohne den Erben selbst oder dessen Vermögen in Anspruch nehmen zu können.[14]) Im letzteren Falle verhält sich also der Erbe zum Dritten (Gläubiger), wie ein Singularnachfolger. Die letztere Idee ist germanisch[15]), die erstere römisch. Das b. G.-B. folgt hierin (§§. 547, 548, 801, 820) den romanistischen Grundsätzen, es acceptirt die Idee der Universalsuccession nach allen Richtungen. Nur bis zur Erbschaftseinantwortung gilt in gewisser Beziehung die germanische Anschauung (§§. 550, 807).

Noch in einer anderen Richtung gehen diesfalls das römische und germanische Rechtssystem auseinander. Nach deutschem Recht vollzieht sich der Uebergang des Erbvermögens im Momente des Todes des Erblassers ganz von selbst; es geht an den Erben auch ohne sein Wissen und Wollen in dem Augenblicke über, wo es der schwindenden Kraft des Sterbenden entfällt[16]), daher der Erbe den Nachlaß, wenn er den Erblasser auch nur einen Augenblick überlebt, an seine eigenen Erben überträgt. Der Erbe ist zwar nicht genöthigt, den so an ihn gelangten Nachlaß zu behalten, er kann sich desselben entschlagen; unterläßt er aber,

---

13) Vgl. überhaupt Unger I S. 395 Note 53, Erbr. §. 8 Anm. 6.

14) Aehnlich, wie ein auf einen neuen Eigenthümer übergegangenes Pfand dem Gläubiger haftet.

15) Förster IV. S. 12. Dem germanischen Erbsystem fehlt überhaupt die Idee der Universalsuccession. Gerber 10. Aufl. S. 670, Förster a. a. O.

16) Dies besagen die Rechtssprichwörter: „der Todte erbt den Lebendigen", „le mort saisit le vif."

eine Entschlagungserklärung abzugeben, so gilt dies nicht als Verzichtleistung, sondern als Annahme. Nach römischem Recht gilt das Gleiche nur vom suus heres; für die anderen Fälle überwog die Betrachtung, daß dem (selbständigen) Erben, der ja durch das Erbewerden auch Schuldner werden soll, nicht zugemuthet werden könne, ohne seinen Willen eine vielleicht die Kräfte der Verlassenschaft übersteigende Schuldenlast zu übernehmen; der Tod des Erblassers galt demnach nur als Anfall (delatio), d. h. als die dem Erben eröffnete Möglichkeit des Erbschaftserwerbes; der Erwerb selbst mußte erst durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Annahme des Erben (aditio hereditatis oder pro herede gestio) bewerkstelligt werden, und das Unterbleiben dieser Erklärung galt nicht als Annahme, sondern als Verzicht auf die Erbschaft. Die letztere erschien zwischen Anfall und Annahme als ein einstweilen Niemandem zustehendes Vermögen (vgl. oben Note 1), als hereditas jacens), die eben darum von Vielen als eine juristische Person angesehen wird. Aus dieser Behandlung der Erwerbsfrage folgt zugleich, daß wenn der berufene Erbe zwar die Delation überlebt, vor der Annahme aber stirbt, derselbe die noch nicht erworbene Erbschaft nicht an seine Erben übertragen kann[17]) — es sei denn, daß einer der im späteren römischen Rechte zugelassenen sog. Transmissionsfälle vorlag; ferner, daß der Erbe auch im Momente der Annahme der Erbschaft erbfähig sein mußte.

Das östr. Recht bietet in dieser Lehre eine wunderliche Mischung der Rechtssätze und Motive beider Rechtssysteme ohne Festhaltung eines klaren und einheitlichen Princips, daher die Antwort auf die Frage, in welchem Momente die Erbschaft an den Erben gelange, bei uns eine nicht ganz zweifellose ist. Das b. G.-B. unterscheidet nämlich, diesfalls übereinstimmend mit dem röm. Recht, zwischen Anfall und Annahme, und läßt den Anfall in den Zeitpunkt des Todes des Erblassers, und nur bei bedingter Erbeinsetzung in dem Augenblicke der Erfüllung der Bedingung eintreten (§§. 545, 703); es hält ferner die Annahme, und zwar eine ausdrückliche, dem Gerichte gegenüber erklärte (die sog. Erbserklärung (§§. 799, 800) für gleichfalls wesentlich, indem es an die Unterlassung dieser Erbserklärung während der Dauer einer gewissen Frist die Wirkung knüpft, daß die Erbschaft von dem Gerichte einstweilen denjenigen eingeantwortet wird, welche sich erbserklärt und ihre Erbrechtstitel ausgewiesen haben (§§. 120, 128 Pat. v. 9. Aug. 1854).[18]) Daß an den Anfall — gleichfalls übereinstimmend mit dem röm. Recht — noch nicht der Erwerb der Erbschaft geknüpft ist, erhellt auch aus §. 547, welcher bestimmt, daß der Erbe erst, nachdem er die Erbschaft angenommen hat, in Rücksicht auf dieselbe den Erblasser vorstellt, so daß beide in Beziehung auf einen Dritten für Eine Person angesehen werden — während bis dahin der Erblasser als Besitzer der Erbschaft betrachtet werden soll. Aus diesem Grunde geht denn auch die herrschende Lehre

---

17) Hereditas nondum adita non transmittitur ad heredes.

18) Vgl. Randa Erwerb der Erbschaft S. 24 Note *.

der österreichischen Juristen dahin, es erfolge der Uebergang der Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers an den Erben, also der Erwerb des vollen Erbrechts, im Moment der Erbserklärung. Andererseits aber fordert das b. G.-B. das Vorhandensein der Erbfähigkeit nicht in diesem, sondern in dem Momente des Erbanfalls (§§. 545, 703), und läßt es für die Transmission der Erbschaft an den Erbeserben genügen, daß der Erbe den Erbanfall, also den Tod des Erblassers (und bei bedingter Erbeinsetzung die Erfüllung der Bedingung) überlebe (§§. 536[19]), 537, 703)[20]); es hat also auch Bestimmungen neben den vorhin angeführten romanistischen, welche der germanischen Anschauung von der Identität des Anfalls und des Erwerbs entsprechen. Eben darum erscheint es zweifelhaft, ob nach östr. Recht in dem Anfalle oder in der Annahme der Erwerb der Erbschaft liege.[21]) Die herrschende Meinung spricht sich unter Betonung des §. 547 für das letztere aus[22]); die damit in Widerspruch stehenden Anordnungen der §§. 545 und 703 sucht Unger mit dieser Ansicht dadurch in Einklang zu bringen, daß er annimmt, die Erbfähigkeit müsse nicht nur im Augenblicke des Erbanfalls, sondern auch später, nämlich ununterbrochen bis zum Erwerbe, vorhanden sein. Danach soll auch das Eigenthum der dem Erblasser gehörig gewesenen, in der Ver-

19) Verb.: „noch nicht erlangte" ...

20) Vgl. auch Avit.-Pat. §§. 6, 7.

21) Geht man davon aus, die Uebertragbarkeit der Erbschaft auf Dritte sowohl titulo universali (Transmission) als singulari (Veräußerung einer angefallenen Erbschaft) könne nur als Folge des bereits stattgehabten Erwerbes verstanden werden, dann muß man allerdings auch für das östr. R. annehmen, es erfolge der Erbschaftserwerb bereits durch den Anfall. Nur bliebe das Erbrecht bis zur Abgabe der Erbserkärung ein bedingtes, so daß die Erbsentschlagung nicht eine Zerstörung eines vollendeten Erwerbes, sondern eine Vereitelung der Bedingung desselben wäre. Man müßte also allerdings auch vom Boden dieser Auffassung aus sagen: Der eigentliche Erwerbungsact der Erbschaft sei der Anfall im Zusammenhang mit der Erbantretung; allein so wie man bei vertragsmäßig bedingten Rechten den Schwerpunkt des Rechtserwerbes nicht in den Eintritt der Bedingung, sondern in den Vertrag legt (und gewiß wegen der rückwirkenden Kraft der erfüllten Bedingung mit gutem Grunde), so könnte man auch hier den Anfall als den eigentlichen Erwerbsact bezeichnen, und fände die Retrotraction der Erbserklärung auf den Zeitpunkt des Anfalls ihre Stütze nicht nur darin, daß der Erbe schon im Moment des Anfalls als erwerbend angesehen wird und daß ihm alle seitherigen Früchte der Erbschaft zufallen, sondern insbesondere darin, daß die Antretung der veräußerten angefallenen Erbschaft durch den Erbschaftserwerber auch für den Verkäufer gilt (§. 1282), also so angesehen wird, als wäre sie von diesem ausgegangen. Vgl. Savigny Syst. II. S. 363 fg., Jhering Abhandl. S. 167, 185, 211 fg., Scheurl Beitr. I. S. 49 fg., auch Tewes Syst. S. 15, 247. Gegen die ganze Auffassung: Unger Erbr. §. 6 Anm. 3.

22) Doch darf man nicht übersehen, daß der Hauptvertreter dieser Lehre, Unger, zwischen der Antretung der Erbschaft und der gerichtlichen Erbserklärung unterscheidet. Die erstere könne auch außergerichtlich, sogar stillschweigend geschehen, und die letztere sei nur zum Erwerb des Erbschaftsbesitzes, zur Ausfolgung des Nachlasses aus der Hand des Abhandlungsrichters erforderlich (Erbr. §. 36). Zum Beweise dieses Satzes beruft er sich auf die Möglichkeit der Anstellung der Erbschaftsklage nach erfolgter Einantwortung; da es eine neuerliche Erbserklärung in diesem Stadium nicht gebe, so sei die Anstellung der Klage selbst eine stillschweigende Antretung der Erbschaft (a. a. O. Anm. 12).

lassenschaft befindlichen Erbstücke, abweichend von der Bestimmung der §§. 425, 426, 431 b. G.-B. durch die Erbserklärung auf den Erben übergehen.

Diese Auffassung verdient keine Billigung. Zwar das ist richtig, daß nach östr. Recht der Erbanfall noch nicht den Erbschaftserwerb durch den Erben bewirkt; allein auch die Annahme der Erbschaft (die Erbserklärung) hat diese Wirkung nicht, sondern dieselbe kommt, wie auch Andere[23]) bereits gelehrt haben, erst der Erbschaftseinantwortung zu. Nach östr. Recht darf nämlich die Erbschaft nicht eigenmächtig in Besitz genommen werden (§. 797 pr.), sondern das Gericht nimmt sie vorläufig unter seine Obsorge (Pat. v. 9. August 1854, §§. 38, 43—46); wohl hat dasselbe dem eigenberechtigten Erben, sobald er sich erbserklärt und seine Erbberechtigung nachgewiesen hat, die Verwaltung und Benutzung der Verlassenschaft zu überlassen; allein es unterzieht auch die vorgelegten Beweise erst einer näheren Prüfung, sorgt für die Vollziehung allfälliger erblasserischer Auflagen und für die Berichtigung der dem Staate zukommenden Erbschaftsgebühren, und überläßt die Erbschaft erst nach Vollendung dieser Amtshandlungen[24]) demjenigen, den es als Erben erkannt hat, durch eine besondere, dieses ausdrückende Erklärung, — die sog. Verlaßeinantwortung (§. 819). Diese bildet — wie nun zu erweisen ist — den eigentlichen Erbschaftserwerb. Nach der allgemeinen Bestimmung des §. 425 b. G.-B. kann das Eigenthum einer Sache von einer Person auf die andere nur durch Besitzübertragung („Uebergabe") übertragen werden; eine Ausnahme bezüglich des Uebergangs durch Erbgang enthält das Gesetz nicht; wohl aber bestimmt es in den §§. 550, 797, 807, 818 und in der Aufschrift des 15. Hauptstücks[25]), daß die Nachlaßeinantwortung die juristische Bedeutung einer Besitzübertragung (Uebergabe) habe.[26]) Da liegt wohl die Annahme nahe genug, daß erst damit in Gemäßheit des §. 425 das Eigenthum der Verlassenschaftsstücke, und damit der Verlassenschaft überhaupt an den Erben übertragen werde, zumal die Einantwortung als Uebergabe in den „rechtlichen", d. i. den zum Eigenthumserwerb erforderlichen Besitz bezeichnet wird (§. 797 mit §. 1466). Das Gleiche ergibt sich auch daraus, daß das Gesetz bezüglich der Eigenthumsübertragung der unbeweglichen Sachen durch Erbgang gleichfalls an der gewöhnlichen, im §. 431 enthaltenen Regel festhält; es wirkt nämlich bezüglich der Immobilien die Einantwortung nur Besitzübertragung — die Eigenthumsübertragung wird, wie sonst, erst durch die bücherliche Umschreibung bewirkt (§§. 436, 819). Daß die Erbschaft bis zur Einantwortung als ein dem Erben fremdes Vermögen und der Erbe erst nach der Einantwortung als Subject der erblasserischen Rechte

23) Zeiller II. S. 863, Stubenrauch II. S. 807.

24) Sie heißen in ihrer Gesammtheit die Nachlaß- oder Verlassenschaftsabhandlung.

25) Vgl. auch Pat. v. 9. Aug. 1854 §. 145.

26) Daß der Besitz der Erbschaftsstücke gewiß nicht mit der Erbserkärung an den Erben gelangt, darüber vgl. Zródłowski Untersuchungen S. 72, 77. 78.

anzusehen ist, folgt auch aus dem Umstande, daß (§. 810 b. G.-B., §. 145 Pat. cit.) dem Erben nur die Verwaltung und Benützung der Verlassenschaft, keineswegs aber die beliebige Verfügung über dieselbe überlassen wird, daß er Veräußerungen und Verpfändungen von Nachlaßstücken nur mit Zustimmung des Gerichts vornehmen kann, der gleichen Zustimmung zur Empfangnahme von Verlaßgeldern bedarf, somit (vgl. auch §. 690) nur als Curator der Verlassenschaft zu betrachten ist, endlich auch daraus, daß seine eigenen Gläubiger auf die Verlassenschaft erst nach deren Einantwortung, vorher aber nur unbeschadet der Rechte der Nachlaßgläubiger und anderer Nachlaßansprecher, und auch unter dieser Beschränkung nur mit Wirksamkeit von der Einantwortung an greifen können (§. 822).

An diesen Anschauungen hat die österreichische Gesetzgebung schon seit sehr geraumer Zeit festgehalten. Beweis dessen das böhmische Landtafelpatent vom 22. April 1794, wo es im §. 7 heißt: „Da nach der bestehenden Verfassung das Eigenthum eines ererbten Gutes oder landtäflichen Capitals nicht durch die Erbserklärung, sondern durch die Einantwortung erworben wird, so kann auch die Vormerkung eines dergleichen Besitzers nicht eher vorgenommen werden, bis nicht die Einantwortung bewilligt wird.“ Hieraus erklärt sich auch die Bestimmung des Hofd. v. 26. Nov. 1839 Nr. 394 J.-G.-S. und des §. 23 G.-B.-G. v. 1871, wonach, wenn ein zu einer Verlassenschaft gehöriges unbewegliches Gut oder bücherliches Recht noch vor der Einantwortung mit gerichtlicher Zustimmung an einen Dritten veräußert wird, dem Erwerber die Eintragung seines Rechts unmittelbar nach dem Erblasser zu bewilligen ist, während, wenn die Veräußerung nach der Einantwortung erfolgt, die vorläufige Umschreibung des Erben erforderlich ist; im ersten Falle ist eben der Erbe trotz der Erbserklärung nicht Eigenthümer geworden, und es ist daher dessen vorläufige Umschreibung unstatthaft.[27])

Die Bestimmung des §. 547, auf welche sich Unger beruft, um darzuthun, daß auch nach österreichischem — wie regelmäßig nach gemeinem — Rechte die Erbserklärung den Erbschaftserwerb bilde, sagt nicht, daß der Erbe durch die Annahme der Erbschaft Subject der erblasserischen Rechte und Verbindlichkeiten werde; in genauem Anschluß an den Wortlaut des Paragraphen ist sein Sinn vielmehr dahin zu verstehen, daß die Erbschaft, welche bis dahin ohne Vertreter war, und bezüglich welcher daher fingirt werden mußte, daß sie von dem Verstorbenen besessen werde, durch die Thatsache der Annahme Seitens des Erben einen

27) Daher die Entsch. Jud.-B. Nr. 85 (G.-Z. 1874 Nr. 3 [= Sammlung XI. Nr. 5195]): Abs. 2 des §. 83 J.-N., wonach zur Veräußerung unbeweglicher Sachen eines Mündels oder Pflegebefohlenen die Genehmigung des Gerichtshofes erforderlich ist, findet keine Anwendung auf den Fall, da das einem Mündel oder Pflegebefohlenen im Erbwege angefallene noch nicht eingeantwortete Erbgut im Zuge der Nachlaßabhandlung verkauft oder durch Erbtheilung an einen Miterben übertragen werden soll, weil der Erbe (§§. 797, 819) das Eigenthum der Liegenschaft erst mit der Einantwortung erlangt; es genügt vielmehr die Zustimmung der Abhandlungsinstanz.

Vertreter bekomme, welcher, wie jeder andere Vertreter, juristisch mit dem Vertretenen als Eine Person angesehen wird. Mit anderen Worten: Der Erbe wird durch die Erbschaftsantretung Curator der Verlassenschaft[28]); daher bestimmt auch das Hofd. v. 19. Jänner 1790 Nr. 1094 J.=G.=S., daß derjenige, welcher einen Anspruch gegen die Verlassenschaft hat, vor Ueberreichung der Erbserklärung die Klage gegen einen zu bestellenden Vertreter der Verlassenschaft, nach Ueberreichung derselben aber gegen den Erben zu richten habe. Eine Bestätigung des Gesagten enthält auch §. 810 und nicht minder §. 550, wonach mehrere Miterben für Verlassenschaftsschulden vor der Einantwortung mit dem Erbvermögen solidarisch einzustehen haben; wären sie durch die Erbserklärung bereits Personalschuldner geworden, so müßten sie dafür mit ihrem eigenen Vermögen aufkommen.

Obwohl nach der Anschauung des b. G.=B. die Erbschaftseinantwortung den eigentlichen Erbschaftserwerb bildet, so ist der Erwerb gleichwohl in ähnlicher Weise, wie nach röm. Recht die Erbsantretung, auf den Zeitpunkt des Anfalls zurückzubeziehen, so daß der Erbe, wenn ihm die Erbschaft eingeantwortet ist, schon vom Moment des Anfalls an als Subject der erblasserischen Vermögensrechte und Verbindlichkeiten zu betrachten ist. Dies ist offenbar auch der Grund, aus welchem das G.=B. die Erbfähigkeit nur im Momente des Anfalls verlangt. — Die Transmissirbarkeit der angefallenen aber noch nicht erworbenen Erbschaft im östr. Recht (§. 537) ist aber nichts, als eine Generalisirung der Transmissionsfälle des röm. Rechts, welche in diesem nur als Ausnahme zu betrachten waren.

§. 491. Die Caducität.

Existirt in dem Falle, wo die Intestaterbfolge eintreten sollte, gar kein Intestaterbe[1]), so wird die Verlassenschaft caduc (bonum vacans), d. h. sie fällt dem Fiscus oder einem sonstigen zur Einziehung erbloser Erbschaften berechtigten Institute zu (§. 760). Es kommt nämlich[2]) außer dem Fiscus das Caducitätsrecht noch zu bei Militärpersonen dem Invalidenfonde und in der Militärgrenze dem Grenzproventenfond; in betreff anderer diesfalls berechtigt gewesener Personen wurde das Caducitätsrecht bereits durch die Aufhebung des Gutsunterthanenverbandes und der Patrimonialgerichtsbarkeit beseitigt. Das Recht des Lemberger Krankenhauses aber auf die Effecten der dort verstorbenen Personen, und das Recht der Strafanstalten auf den Arbeitsüberverdienst der verstorbenen

28) Das ist aber eben noch ein Verhältniß der Verwaltung fremden Vermögens, eine Curatel, die eine Stellvertretung mit sich bringt, wie Stellvertretungen eben überhaupt. Vgl. Entsch. G.=Z. 1858 Nr. 38 [= Sammlung I. Nr. 461], u. s. auch Unger §. 40 Anm. 17, §. 43 Anm. 1, 7.

1) Der Fall kann sich insbesondere bei unehelich geborenen Erblassern leicht ereignen.

2) [Aufgehoben seit 1. Jänner 1876 durch J.=M.=E. v. 26. September 1875 Z. 12922].

Sträflinge ist kein Caducitätsrecht; ebensowenig das Heimfallsrecht des sog. Obereigenthümers (§. 1149).

Die Verlassenschaft muß nicht nothwendig zur Gänze caduc werden; sie wird es nur theilweise namentlich dann, wenn nur Einer von mehreren zu bestimmten Theilen eingesetzten testamentarischen Erben (§. 562) die Erbschaft nicht annimmt und kein Intestaterbe da ist, oder wenn ein katholischer Weltgeistlicher ohne Testament und ohne Verwandte zu hinterlassen stirbt.

Um die Erblosigkeit des Nachlasses zu constatiren, ist zur Vertretung und Ausforschung der allfälligen unbekannten Erben vom Abhandlungsgerichte ein Curator zu bestellen; die Erben sind durch ein auf ein ganzes Jahr gestelltes Edict aufzufordern, sich zu melden, und zwar mit dem Bemerken, daß widrigenfalls die Verlassenschaft für erblos erklärt und vom Fiscus eingezogen werden würde.[3]) Meldet sich binnen dieser Frist kein Erbe, so ist der Nachlaß ohne Durchführung einer Verlassenschaftsabhandlung vom Gericht als erblos dem Fiscus zu übergeben.[4]) Dieser übernimmt den Nachlaß nicht in der Eigenschaft eines Erben, — dem widerspräche schon der Begriff einer *erblosen* Verlassenschaft: der Fiscus hat sich daher auch nicht erbszuerklären, und es findet auch keine eigentliche Einantwortung an ihn statt. Gleichwohl enthält die Uebernahme des Nachlasses nicht, wie man seinerzeit meinte[5]), eine dem Fiscus vorzugsweise zustehende Occupation herrenloser Sachen, sondern eine nach Analogie des Erbrechts zu beurtheilende Universalsuccession. Der Fiscus übernimmt daher auch die auf dem Nachlaß haftenden Schulden und Vermächtnisse[6]), jedoch nicht als eigentlicher Personalschuldner, sondern nur als eine auf dem Nachlasse haftende Last, daher auch nur so weit, als der Nachlaß reicht, — eine Beschränkung, die sich auch aus dem Umstande ergibt, daß hier von Amtswegen ein Nachlaßinventar aufgenommen werden muß.[7]) Dem Fiscus stehen zur Geltendmachung seiner Caducitätsansprüche die gleichen Rechte zu, wie einem Erbsansprecher; demgemäß ist er auch berechtigt, wenn zwar ein Testament, aber ein ungiltiges vorliegt, dessen Giltigkeit zu bestreiten, während dem für einen unbekannten Erben bestellten Curator die gleiche Berechtigung nicht zusteht[8]); ebenso hat der Fiscus die Erbschaftsklage, wenn die Erbschaft dem im Testamente Eingesetzten eingeantwortet wurde, und sich das Testament dann nachträglich als ungiltig darstellt. Die Klage verjährt in diesem Falle in drei Jahren (§. 1487); wäre aber die Erbschaft Jemandem als vermeintlichen Intestaterben eingeantwortet worden, in 40 Jahren (§. 1485).

Findet sich nachträglich, nachdem die Verlassenschaft bereits vom

---

3) Pat. v. 9. Aug. 1854 §. 128.
4) Pat. cit. §. 130.
5) Vgl. über diese Frage *Vangerow* II. S. 671 fg. §. 564; die herrschende Meinung nimmt auch für das gemeine R. eine Universalsuccession an: *Arndts* §. 608 fg.
6) Pat. cit. §. 129. Entsch. G.-H. 1859 Nr. 42 [fehlt in den Sammlungen]: die Nachlaßschulden können gegen den Fiscus, in dessen Casse die Heimfallsmasse eingeflossen ist, geltend gemacht werden.
7) Pat. cit. §. 92 Nr. 1.
8) Pat. cit. §. 129.

Fiscus in Besitz genommen wurde, ein wahrer Erbe, so bleiben ihm seine Erbansprüche durch die ganze Verjährungszeit vorbehalten.[9]) Muß in Folge dessen der Fiscus die Erbschaft wieder herausgeben, so kommen ihm sowohl in Rücksicht der Früchte, als auch der freien Verfügung über das Erbschaftsvermögen alle Rechte eines redlichen Besitzers zu.[10]) Es verbleiben ihm also die bereits bezogenen Früchte (§. 330), und er ist für die erfolgte Veräußerung der Verlassenschaftsstücke nicht verantwortlich (§. 329), muß jedoch das sine causa in seiner Hand befindliche Entgelt, wie ein anderer redlicher Erbschaftsbesitzer, herausgeben; gegen den dritten redlichen Erwerber, der mittlerweile einzelne Erbschaftsstücke vom Fiscus an sich gebracht hat, steht dagegen dem Erben kein Klagerecht zu (§. 824). Die Verjährungszeit dieser Klage gegen den Fiscus ist die gewöhnliche; sie beginnt mit dem Anfallstage der Erbschaft (§§. 1478, 1479).

Die Frage, ob auch das erblose Nachlaßvermögen eines Fremden vom österreichischen Fiscus eingezogen werden könne, beantwortet sich nach der Competenz der Gerichte zur Verlaßabhandlung; mit anderen Worten, der Einziehung unterliegt das im Inlande liegende unbewegliche, nicht auch das bewegliche Vermögen des Fremden (§. 300).

§. 492. Das Wesen der letztwilligen Erklärung.

Der einseitige Wille ist nur wirksam, so lange sein Träger existirt. Allein es ist eine Anforderung der Pietät, und nun allgemein zum Rechtssatz erhoben, daß auch die Willensanordnungen des Verstorbenen über sein Vermögen berücksichtigt werden, so lange sie nichts Unmögliches oder Unzulässiges enthalten. Dies die Rechtsidee der letztwilligen Erklärungen und ihrer Rechtskraft.

Unter letztwilligen Erklärungen versteht man einseitige und daher beliebig widerrufliche Verfügungen des Erblassers darüber, an wen sein Nachlaß gelangen soll (§. 552). Ihr Namen kommt davon, weil aus der Thatsache, daß sie nicht widerrufen wurden, — im Allgemeinen mit Recht — geschlossen werden kann, daß sie der Ausdruck dessen sind, was er im letzten Augenblicke gewollt hat. Unter den Begriff der letztwilligen Erklärungen fällt der Erbvertrag nicht, und zwar darum, weil er nicht widerruflich ist (§. 1254). Hat die letztwillige Erklärung die Ernennung eines Erben zum Gegenstande, enthält sie also eine technisch sog. Erbeinsetzung, so wird sie ein T e s t a m e n t, enthält sie nur andere Verfügungen über den Nachlaß, so wird sie ein C o d i c i l l genannt (§. 553) — ein Unterschied übrigens, dem nach östr. Recht bei weitem nicht jene Bedeutung zukommt, wie nach röm. Recht.[1])

Es gehört zum Wesen einer letztwilligen Erklärung, daß sie der u n m i t t e l b a r e Ausdruck des erblasserischen, nicht des Willens eines Dritten

---

9) Hofd. v. 12. Okt. 1835 Nr. 90 J.-G.-S. und Pat. cit. §. 128.

10) Das in Not. 9 cit. Hofd. erkärt, daß das Nämliche auch von den im Text nach Note 2 erwähnten Fällen zu gelten habe.

1) Ein wesentlicher Unterschied liegt nur in der Bestimmung des §. 714.

sei. Darum lassen letztwillige Erklärungen eine Stellvertretung nicht zu; auch eine Erklärung des Erblassers, die die Ernennung des Erben in den Willen eines Dritten stellt, wäre ohne Wirkung (§. 564).[2]) Darum ist auch die sog. pupillarische und quasipupillarische Substitution des röm. Rechts, vermöge welcher der Paterfamilias seinem testirungsunfähigen (unmündigen oder geisteskranken) Kinde einen Erben oder Nacherben ernennen konnte, dem östr. Rechte fremd geblieben; dieses gestattet, wie jedem anderen Erblasser, so auch den Eltern nur rücksichtlich des Vermögens, das sie solchen Kindern hinterlassen, die Ernennung eines Substituten (§. 609), und auch dieses nur innerhalb der Grenzen des Nothderbrechts (§. 774).[3])

Aus dem gleichen Grunde wäre die erblasserische Anordnung auch dann nichtig, wenn einem Dritten die Auswahl unter mehreren genannten Personen überlassen[4]), oder wenn Jemand unter der Bedingung, daß ein Dritter dies wolle, zum Erben ernannt würde.[5]) Wohl aber wäre giltig die Erbeinsetzung unter der Bedingung einer von der Willkür eines Dritten abhängigen Handlung[6]), weil hier die Berufung auf dem Willen des Erblassers, und nur deren Verwirklichung auf dem Willen des Dritten beruht.[7]) Ebenso müßte es als eine giltige Erbeinsetzung angesehen werden, wenn der Erblasser nicht bestimmte, sondern nach gewissen Charakter-Merkmalen bezeichnete Personen zu Erben beruft (persona incerta), und die Beurtheilung, welchen Personen diese Eigenschaften zukommen, Dritten überläßt[8]); dem Dritten kommt nämlich hier nur eine urtheilende, nicht eine bestimmende („constitutive"[9])) Thätigkeit zu.[10]) Das Gesagte gilt bei fideicommissarischen Substitutionen auch für die Ernennung des Substituten, die insbesondere nicht von der Willenserklärung des Institutenabhängig gemacht werden darf.[11])

Bestimmt der Erblasser, sein ganzer Nachlaß solle einer von ihm genannten Person übergeben werden, auf daß sie ihn vertheile, wie es

---

2) L. 32 pr. D. 28. 5: Illa institutio: quos Titius voluerit, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est; nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere. Vgl. überhaupt Unger II. S. 64 und Note 25, 26, §. 90 Note 36 und Erbr. §. 14 Anm. 4, §. 57 Anm. 2. Ueber L. 1 pr. D. de leg. II. u. L. 43 §. 2 D. de leg. I. Vgl. Vangerow II. §. 432 S. 110—117, Puchta §. 472, Savigny III. S. 134 Note 1, und mit §. 651 b. G.-B. Puchta Note m.

3) Unger §. 20 Anm. 9. Entsch. G.-Z. 1866 Nr. 72 [= Sammlung V. Nr. 2473]: Nur den den Pflichttheil übersteigenden Theil des Erbtheils können die Eltern giltig mit einer fideicommissarischen Substitution belasten. Pl.-Entsch. v. 1853 in G.-Z. 1872 Nr. 70 (= Jud.-B. Nr. 8 [Manz'sche Samml. I. S. 16 fg.]): Das Nämliche gilt auch dann, wenn das Kind blödsinnig ist.

4) Unger §. 14 Anm. 4.

5) Unger a. a. O.

6) „Si Titius Capitolium ascenderit."

7) Unger a. a. O.

8) §. 25 J. de leg. 2. 20. Savigny II. S. 307, 375. Z. B. Der Aermste in der Gemeinde, — Derjenige, welcher nach dem Ausspruch der Akademie der bildenden Künste das beste Gemälde liefert.

9) Unger §. 57 Anm. 1.

10) Entsch. G.-H. 1863 Nr. 53 [Entsch. der II. Instanz].

11) Entscheid. G.-Z. 1856 Nr. 141 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 353].

ihr gutdünkt, oder wie es ihr insgeheim aufgetragen worden ist, dann gilt eine solche Verfügung als eine Erbeinsetzung der genannten Person.

Auf dem Grundsatze, daß die letztwillige Erklärung der unmittelbare Ausdruck des erblasserischen Willens sein muß, beruht auch die Nichtigkeit jener erblasserischen Anordnungen, die blos in der Form der Bejahung eines von einem Anderen gemachten Vorschlags abgegeben werden (§. 565). Wird eine nach Angabe des Erblassers von einem Dritten zusammengestellte letztwillige Anordnung von dem Ersteren durch einfache Bejahung bestätigt, so gilt das nicht als bloße Bejahung eines Vorschlags.

§. 495. Gesetzmäßige Willenserklärung als Erforderniß der letzten Willensordnung.

Wie jede andere Willenserklärung muß auch die des letzten Willens

1) in den wesentlichen Punkten[1]) bestimmt und deutlich sein (§§. 565, 697). Ungiltig sind daher Willenserklärungen im unvollendet gelassenen Zustande, namentlich mit sichtbaren Lücken, die erst ausgefüllt werden sollten, oder mit Streichungen wesentlicher Stellen, die das Ganze unvollständig machen. Doch schadet nicht jede Undeutlichkeit in den wesentlichen Punkten, wofern sie nur im Wege der Interpretation beseitigt werden kann. Da es unmöglich ist, sich im Falle einer Undeutlichkeit bei dem verstorbenen Urheber der letzten Willenserklärung die erforderlichen Aufklärungen zu holen, so hat das Gesetz diesfalls eine Reihe wichtiger und zum Theil weittragender Interpretationsregeln gegeben.

Betreffend die Zweifelhaftigkeit des Objects der Verfügung gehört hieher Folgendes:

Hat der Erblasser einen einzigen oder auch mehrere Erben ohne Bestimmung dessen berufen, was ihm bezw. ihnen zugedacht ist, so erhält der einzige Erbe den ganzen Nachlaß, bezw. es erhalten ihn die mehreren Erben zu gleichen Theilen (§§. 554, 555). Ist das, was der einzig Ernannte, oder was die mehreren Erben erhalten sollen, bestimmt bezeichnet, ohne jedoch so geartet zu sein, daß es den Nachlaß erschöpft, dann erhalten, abweichend vom röm. Recht[2]), den Rest die gesetzlichen Erben (§§. 554, 556), selbst wenn sie zugleich die testamentarischen Erben sein sollten; nur wenn der Erblasser ausdrücklich verfügt hätte, daß die mehreren Berufenen das Ganze erhalten sollen, wäre anzunehmen, daß er sich in der Berechnung der einzelnen Theile oder in der Aufzählung der einzelnen Stücke geirrt habe, und dann wären die Erbtheile im Verhältniß so zu erhöhen, daß sie das Ganze erschöpfen (§. 556). Sind von den mehreren berofenen Erben einige zu bestimmten, andere zu unbestimmten Theilen eingesetzt, so theilen die letzteren den nach Abzug der bestimmten Theile verbleibenden Nachlaß zu gleichen Theilen (§. 557) — es sei denn,

1) Diese sind insbesondere die Bezeichnung der bedachten Personen, und die Angabe dessen, was sie aus der Verlassenschaft erhalten sollen.

2) Nämlich von der Regel: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.

daß die bestimmten Theile schon für sich den Nachlaß ganz erschöpfen, wo dann wieder ein Irrthum in der Berechnung der Antheile angenommen und dieser vom Gesetze dahin rectificirt wird, daß dem unbestimmt eingesetzten Erben wenigstens so viel, als dem am mindesten Bedachten unter den bestimmt Eingesetzten, bei Gleichheit der bestimmten Theile aber ein gleicher Erbtheil zugewiesen werde (§. 558). Zur Bildung dieses Erbtheils müssen (arg. §. 783) die bestimmt eingesetzten Erben und die Legatare verhältnißmäßig beitragen. Auch in anderen Fällen einer vorgekommenen Verrechnung ist so zu theilen, wie es mit Berücksichtigung aller Umstände dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers entspricht (§. 558 i. f.).

Eine besondere Interpretationsregel greift ein, wenn der Erblasser Personen zu Erben berufen hat, von denen einige bei der Intestaterbfolge gegenüber Anderen nur nach Stämmen erben würden; diese Stammerben werden, wenn ihre Erbtheile nicht bestimmt worden sind, auch bei der testamentarischen Erbfolge als Erben nach Stämmen behandelt (§. 559 pr.). Dies setzt aber wesentlich voraus, daß nur Verwandte und nur von Einer Linie, und zwar unter Umständen berufen werden, wo Stammtheilung eintreten würde; die Bestimmung ist also nicht anwendbar, wenn Verwandte verschiedener Linien, oder wenn Verwandte sammt ihren Abstämmlingen berufen werden, oder wenn nicht alle Glieder eines Stammes berufen worden sind[3]), oder wenn ein Stamm mit Fremden concurriren soll, oder wenn die Berufenen gar nicht Verwandte des Erblassers sind. Hat dagegen der Erblasser neben physischen Personen auch Corporationen oder andere Personeninbegriffe ohne Bestimmung der Theile zu Erben berufen, so werden diese immer nur für Eine Person angesehen (§. 559 i. f.).[4])

Wieder andere und besondere Auslegungsregeln gelten in dem Falle, da der Erblasser mehrere Erben berufen, und für die Eventualität, daß Einer oder einige von ihnen wegfallen, nicht bestimmt hat, was mit deren Erbtheilen geschehen soll. Nach röm. Recht wächst in solchem Falle[5]) der erledigte Erbtheil den übrigen Erben zu (Anwachsungsrecht, jus accrescendi); nach östr. Recht aber[6]) tritt das Anwachsungsrecht nur ein, wenn es dem natürlichen Wortsinne der erblasserischen Erklärung entspricht: Der einem solchen testamentarisch Bedachten, der nicht erben konnte oder wollte, zugedachte Theil wächst also niemals einem solchen Erben zu, dessen Erbtheil der Größe nach genau bestimmt ist (z. B. $^1/_3$), weil dies der erblasserischen Willenserklärung nicht entsprechen würde, — wohl aber jenem testamentarisch Mitberufenen, dessen Erbtheil gar nicht oder nur mit dem allgemeinen Ausdrucke, daß er mit den übrigen gleich sein solle, bestimmt worden ist (§. 560). Es hat also ganz verschiedene Wirkungen, wenn der Erblasser drei Erben „zu gleichen Theilen“,

3) Z. B. der Bruder A und von den vier Kindern des Bruders B nur der D.

4) Vgl. zu diesem Paragraph Unger §. 15.

5) Nach der in Note 2 angeführten Regel.

6) Da nach diesem die Regel der vorigen Note nicht gilt.

und wenn er jeden der drei Erben „zu $^1/_3$" beruft. Ist kein unbestimmt eingesetzter Erbe mehr da, so greift rücksichtlich des erledigten Erbtheils die Intestaterbfolge Platz (§. 562). Sind unter den übrigen Erben einige bestimmt, andere unbestimmt eingesetzt, so kommt das Anwachsungsrecht nur den letzteren zu statten (§. 561). Sind endlich die mehreren letztwillig Bedachten nur zu einem Theile der Erbschaft unbestimmt berufen (re conjuncti), dann kommt ihnen das Zuwachsrecht nur hinsichtlich dieses Theiles zu.[7])

Dabei gilt ein Erbtheil als erledigt, wenn der Berufene verzichtet, oder vor dem Erblasser stirbt, oder wenn er erbunfähig ist; überlebt er den Erblasser, stirbt aber, bevor er die Erbschaft antritt, dann transmittirt er das bereits angefallene Erbrecht an seine eigenen Erben (§. 537), und das Anwachsungsrecht ist ausgeschlossen.

Das Anwachsungsrecht ist kein eigentliches Recht; man will vielmehr mit diesem Ausdrucke nur bezeichnen, daß der Erblasser schon im voraus für einen gewissen Fall das Quantum des dem Anwachserben zukommenden Erbtheils fixirt habe. Eben darum bedarf es zum Zwecke des Erwerbes des zuwachsenden Theiles weder der Erbfähigkeit zur Zeit seiner Erledigung, noch einer besonderen Erbantretung; die geschehene Erbserklärung bezieht sich von selbst auch auf den zuwachsenden Theil, und es könnte daher auf denselben nicht einmal verzichtet werden (§. 806). Der Anwachserbe gilt nicht nur hinsichtlich des ihm ursprünglich zugedachten, sondern auch rücksichtlich des zugewachsenen Theils als testamentarischer Erbe. Ueberhaupt greift nach östr. Recht das Anwachsungsrecht nur bei der testamentarischen, nicht auch bei der Intestaterbfolge Platz.[8])

Mit dem zugewachsenen Theile hat der Anwachserbe auch diejenigen Lasten zu übernehmen, welche dem weggefallenen Erben aufgelegt waren, insbesondere Auflagen und Legate[9]); eine Ausnahme machen die rein persönlichen Lasten[10]) (§. 563); als solche persönliche Beschränkungen gelten im Zweifel auch die Bedingungen (§. 702).

Auch in betreff der Person des Erben enthält das Gesetz besondere Auslegungsregeln: Hat der Erblasser ein Kind testamentarisch bedacht, und ist dasselbe vor ihm verstorben, ohne daß für diesen Fall bestimmt worden wäre, was mit dem erledigten Erbtheil zu geschehen habe, so wird, wenn dieses vorverstorbene Kind Abstämmlinge hinterlassen hat, an-

---

7) Z. B. dem A und B bestimme ich $^1/_3$, dem C u. D $^2/_3$.

8) Dagegen Unger §. 38 Anm. 6, und in der That scheint die Bestimmung des §. 732, daß Enkel noch lebender Kinder kein Recht zur Erbfolge haben, für seine Behauptung zu sprechen; allein sie wird widerlegt durch die Bestimmung des Mil.-Str.-G. §. 208 betreffend die Deserteure. Unger's Annahme hätte zur Folge, daß, wenn nach einem ab intestato verstorbenen Pfarrer seine Verwandten sammt und sonders auf ihr Erbrecht verzichten, das Caducitätsrecht des Fiscus durch die Kirche und die Ortsarmen ausgeschlossen würde.

9) Auch die Verbindlichkeit zur Bestreitung der Begräbnißkosten und Nachlaßgebühren.

10) Z. B. die Auflage, in den geistlichen Stand zu treten, eine Vormundschaft zu übernehmen.

genommen, daß er die Erbschaft oder den Erbtheil ihnen habe zuwenden wollen (§. 779).[11]) Sie erlangen also das Erbrecht nicht durch Transmission, die hier überhaupt nicht stattfindet (§. 536), sondern kraft muthmaßlichen erblasserischen Willens, und sind daher auch als testamentarische Erben zu betrachten. Diese Bestimmung gilt insbesondere auch, wenn der Erblasser mehrere Kinder zu unbestimmten Theilen zu Erben berufen hat und eines derselben mit Hinterlassung von Abstämmlingen vor ihm stirbt; hier kommt nicht §. 560, sondern §. 779 zur Anwendung, während, wenn er die beiden Elterntheile unbestimmt zu Erben berufen hätte, im gleichen Falle das Accrescenzrecht eintreten würde. — Wie sich aus den angegebenen Gründen ergibt, gilt die Bestimmung des §. 779 in allen Fällen, in denen der Erblasser das Kind näheren Grades letztwillig bedacht hat, oder es bedacht hätte, wenn er um dessen Existenz gewußt hätte[12]), keineswegs aber, wenn sein Wille auf das Gegentheil gerichtet war, wie bei wissentlicher Uebergehung oder ausdrücklicher Enterbung (§§. 780, 782), oder im Falle der Erbunwürdigkeit des näheren Descendenten (§. 541).

Hat der Erblasser für den Fall, daß alle testamentarischen Erben entsagen, nichts bestimmt, so kommt die Erbschaft an die Intestaterben, welche aber die vom Erblasser getroffenen Verfügungen, insbesondere die Entrichtung der angeordneten Legate zu vollziehen haben. Entsagen aber auch sämmtliche Intestaterben, dann werden vermöge des vermuthlichen erblasserischen Willens die Legatare im Verhältniß der Größe ihrer Legate als Erben betrachtet, das Caducitätsrecht also in diesem Falle ausgeschlossen (§. 726). Sie gelten nicht als gesetzliche, sondern als testamentarische Erben. Würde nur ein testamentarischer Erbtheil in der erwähnten Weise erledigt, ohne daß das Accrescenzrecht einzutreten hätte, so gälte auch bezüglich dieses Erbtheils die Bestimmung des §. 726.[13])

2) Der letzte Wille muß ferner in der vom Gesetze vorgezeichneten Form erklärt werden. Hieher gehört die oben erörterte Bestimmung, daß die letztwillige Erklärung nicht in der Form der bloßen Bejahung eines von einem Anderen gemachten Vorschlags (§. 565), und die Erbseinsetzung insbesondere nicht in der Form der Bestimmung des Erben durch einen Dritten geschehen darf.[14]) Im Nachfolgenden ist aber insbesondere die äußere Form der letztwilligen Erklärungen zu behandeln, welche hier theilweise strenger als bei anderen Rechtsgeschäften ist, und deren Verabsäumung unausweichlich[15]) die Nichtigkeit des ganzen Actes nach sich zieht (§. 601, sog. testamentum imperfectum, injustum). Es ist diesfalls zu unterscheiden zwischen letztwilligen Erklärungen öffentlicher

11) Jud.-Buch Nr. 44 (G.-Z. 1872 Nr. 78 [= Sammlung IV. Nr. 2075]).

12) Also auch bei irrthümlicher Uebergehung (§. 777, 778).

13) Vgl. darüber Grundriß §. 507 Nr. 1.

14) Oben §. 492 bei Note 2 u. a. E.

15) Ausgenommen sind nur jene wenigen Fälle, in denen vom Gesetze die Beobachtung gewisser Formen lediglich vorsichtshalber empfohlen wird.

und privater Natur (testam. publicum, privatum), bei den letzteren zwischen privilegirten und nicht privilegirten Formen, und bei allen zwischen mündlichen und schriftlichen letztwilligen Erklärungen (vgl. §. 577).

§. 503. Die gemeine Substitution.

Werden zwei oder mehrere Personen zum Nachlasse berufen, von denen jedoch die einen erst nach dem Wegfalle der anderen zum Besitze des Nachlasses gelangen sollen, so nennt man eine solche Anordnung Substitution; und zwar eine gemeine (subst. vulgaris), wenn die Berufung auf den Fall geschieht, daß die zunächst berufene Person zur Erbschaft gar nicht gelangt, und eine fideicommissarische, wenn eine nach der anderen zur Erbschaft gelangen soll. Es wird also bei der gemeinen Substitution der Eine (der Institut) unbedingt, die Uebrigen (die sog. Nacherben oder Substituten) hingegen werden nur unter der Bedingung des Wegfallens der ihnen Vorausgehenden berufen. Dabei ist der Erblasser in der Zahl der Nachberufenen ganz unbeschränkt (§. 604). Der Anfall des Erbrechts erfolgt an den in der Reihe zunächst Berufenen, vorausgesetzt, daß er lebt und erbfähig ist (§. 604 i. f.); von einem Anfall an die Nachberufenen kann nur beim Wegfall der Vorberufenen die Rede sein; gleichgiltig aber ist für die Nachberufenen, in welcher Reihenfolge die Vorberufenen weggefallen sind, entsprechend dem Grundsatze: substitutus substituto etiam substitutus instituto.

Eine gemeine Substitution kann nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend errichtet werden; sie ist insbesondere stillschweigend in jeder fideicommissarischen Substitution begriffen (§. 608 i. f.); ebenso gelten die Abstämmlinge eines letztwillig bedachten Kindes des Erblassers als diesem Kinde für den Fall substituirt, als es vor dem Erblasser sterben sollte (§. 779).

Die Substitution kann lauten auf den Fall, daß der Vorberufene nicht Erbe sein kann, und auf den, daß er es nicht sein will, oder auch nur auf einen dieser beiden Fälle. Der eine derselben schließt den anderen nicht ohne weiteres in sich, und lautet sie nur auf einen, während der andere wirklich eintritt[1]), so gelangt die Erbschaft nicht an den Substituten, sondern an die Intestaterben (§. 605). Ebenso ist, wenn in der Substitution von mehreren Unmöglichkeitsgründen des Erbewerdens nur einer[2]) genannt ist, die Substitutionsanordnung nicht auch auf die übrigen zu beziehen.

Die Wirkung der den Fall des Nichterbenkönnens des Vorberufenen umfassenden gemeinen Substitution ist, wenn dieser Fall wirklich eintritt, der sofortige Anfall der Erbschaft an den Nachberufenen; zweifelhaft aber ist, ob im Falle einer den Fall des Nichterbenwollens umfassenden Substitution die Erbschaft dem Nachberufenen, wenn der Vorberufene sie nicht annehmen

1) Z. B. sie lautet nur auf den Fall des Nichterbenwollens des Instituten, dieser aber stirbt vor dem Erblasser.

2) Z. B. nur der Vortod oder nur die Erbunfähigkeit des Vorberufenen.

will, auch sofort mit dem Tode des Erblassers, oder ob sie ihm erst im Momente der Erbsentschlagung des Vorberufenen als angefallen anzusehen sei, — und doch ist diese Frage mit Hinsicht auf die eigenthümliche Wirkung letztwillig angeordneter Bedingungen (§§. 703, 707) von erheblicher practischer Wichtigkeit. Die meisten österreichischen Schriftsteller[3]) wollen die Grundsätze bedingter letztwilliger Berufungen auch auf Vulgarsubstitutionen anwenden, die Frage also dahin lösen, daß der Anfall an den Substituten erst mit der Erbsentschlagung des Vorberufenen eintrete. Die besseren Gründe sprechen aber dafür, den Anfall an den Substituten auch hier schon beim Tode des Erblassers geschehen zu lassen. Wenn nämlich der Vorberufene ausschlägt, so ist er[4]) nicht erst im Momente des Ausschlagens, sondern gleich von Anbeginn an als nichtwollend anzusehen[5]); auch ist nicht abzusehen, warum hier nicht das Nämliche gelten sollte, was in dem Falle zur Anwendung kommt, wo der nähere Intestaterbe ausschlägt, wo doch gewiß dem entfernteren das Erbrecht gleich mit dem Tode des Erblassers, nicht erst mit dem Momente des Ausschlagens des Ersteren als angefallen anzusehen ist.[6]) Für diese Gleichstellung beider Fälle spricht, daß derjenige, der eine gemeine Substitution errichtet, eben jene Subsidiarität des Nachberufenen im Auge hat, wie sie bei der Intestaterbfolge für den Entfernteren im Verhältniß zum Näheren gilt. Ganz besonders auffallend wird dies, wenn der Testator seine Intestaterben in der nämlichen Reihenfolge testamentarisch beruft, in welcher sie schon ab intestato berufen erscheinen.

Ist nun aber auch hier der Moment des erblasserischen Todes für den Anfall an den Substituten entscheidend, so ergibt sich von selbst, daß auch der Substitut, welcher die Erbsentschlagung seines Vorerben nicht mehr erlebt hat, gleichwohl das ihm vorlängst angefallene Erbrecht auf seine eigenen Erben überträgt (§. 537), und daß ihm, bezw. seinem Erben der Genuß der Verlassenschaft vom Todestage des Erblassers an zukommt.

Nicht immer leicht zu beantworten ist auch die Frage, in welchen Fällen von einem Nichterbenkönnen des Vorberufenen gesprochen werden könne. Das zwar unterliegt keinem Zweifel, daß der Fall des Vortodes, des Nichtgeborenwerdens und der Erbunfähigkeit dahin gehören. Zweifelhaft aber ist, ob auch der fernere Fall dahin zu zählen sei, wenn der

3) S. Unger §. 19. Der Punkt ist auch entscheidend für die Frage nach dem Zeitpunkt, in welchem der Substitut erbfähig sein muß.

4) So schon Nippel IV. S. 172.

5) Dagegen kann man freilich in einem Falle Bedenken erheben; wenn der Erblasser anordnete: „A soll mein Erbe sein; schlägt er die Erbschaft aus (nicht: will er nicht erben), so soll die Erbschaft an B fallen" — und wenn nun A sich ein Jahr lang bedenkt und dann erst ausschlägt, so kann man freilich sagen, es sei die Bedingung gestellt auf die nur einen Moment ausfüllende Thatsache des Ausschlagens.

6) Sähe man in diesem Falle erst das Ausschlagen des Einen als das für den Anfall an den Andern ausschlaggebende Moment an, so würden die mittlerweiligen Früchte des Erbvermögens — Niemandem zukommen können: dem nächsten Intestaterben nicht, weil er ausgeschlagen hat, dem Nachfolgenden aber ebensowenig, weil dessen Anspruch auf die Früchte erst vom Momente des Anfalls datiren würde (§. 707).

Vorerbe den Erblasser überlebt, allein noch vor dem Erbschaftsantritt stirbt, ob also in diesem Falle der Substitut die Erbschaft zu erlangen habe. Unsere Schriftsteller[7]) bejahen fast durchgehends die Frage; sie berufen sich darauf, daß die Erbschaft erst durch die Antretung erworben werde, daß §. 809 für den fraglichen Fall die ausdrückliche Bestimmung enthalte, die Erbschaft habe an den Nacherben und nicht an die Erben des Vorberufenen zu gelangen, und daß nach §. 615 das Recht des Vulgarsubstituten erst mit der Erbsantretung des Institutcn erlösche, also doch wohl auch dann aufrecht verbleiben müsse, wenn der Institut vor seiner Erbsantretung sterbe. Gleichwohl ist haltbar nur die entgegengesetzte Ansicht, die Ansicht, daß in dem bezeichneten Falle nicht der Substitut, sondern die Erben des Instituten succediren. Dafür sprechen folgende Gründe: Nach §. 604 i. f. ist der Institut als „zunächst Berufener" bereits Erbe geworden, und es ist damit die Bedingung der Substitution bereits vereitelt; auch die §§. 536, 537 bezeichnen den Anfall eines, wiewohl noch nicht angetretenen Erbrechtes als Erwerb desselben[8]); endlich wird im Falle des Accrescenzrechtes (§. 560) das Nichterbenkönnen niemals auf den Fall bezogen, daß ein den Erblasser überlebender Miterbe vor dem Erbschaftsantritt stirbt; es besteht aber nirgends ein hinreichender Grund, diesem Ausdruck im Falle einer Substitution eine weitere Bedeutung beizulegen. Damit aber ergibt sich, daß wie nach römischen, so auch nach östr. Recht die Transmissare des Instituten dem Substituten vorgehen; die abweichend scheinende Bestimmung des §. 809, wonach im Falle des vor dem Erbschaftsantritt erfolgenden Todes des Erben zunächst der Nacherbe succediren soll, bezieht sich nur auf den fideicommissarischen Nacherben; ein starkes Argument dafür liegt auch in dem Umstand, daß das Gesetz von einem Nacherben spricht, dem nach dem Tode des Vorerben das Successionsrecht zukommt, was, genau gesprochen, nur von dem fideicommissarischen Nacherben gesagt werden kann.[9]) Auch die Ergebnisse, zu denen die herrschende Lehre hindrängt, sprechen wenig zu ihren Gunsten. Man nehme den Fall: In einem wechselseitigen Testament haben die testirenden Gatten zunächst ihre Kinder, und für den Fall, als die Ehe kinderlos durch den Tod gelöst werden sollte, sich selbst wechselseitig eingesetzt; nach dem Tode des einen Gatten stirbt der einzige Sohn, der ihn überlebt hatte, vor dem Erbschaftsantritt mit Hinterlassung eines Testamentes. Die herrschende Ansicht führt zu dem mit §. 537 im Widerspruch stehenden Ergebniß, daß der verstorbene Gatte nicht von dem testamentarischen Erben des Sohnes, sondern von dem überlebenden Gatten beerbt würde; ebenso könnte in Consequenz der herrschenden Lehre, wenn dem näheren Intestaterben der entferntere substituirt wird, hiedurch eine von der Intestaterbfolgeordnung vollständig abweichende

7) Vgl. statt Aller Unger §§. 19, 36 Anm. 18.

8) Da dem Instituten das Erbrecht angefallen ist, so ergibt sich auch hieraus, daß die Bedingung der Substitution vereitelt ist.

9) Der fideicommissarische Substitut allein ist ein wahrer Nacherbe. Vgl. Unger §. 19 Anm. 3.

herbeigeführt werden, obwohl der Testator durch eine solche Substituirung gerade nur das Wirksamwerden derselben Ordnung beabsichtigte, wie sie die Intestaterbfolge mit sich bringt. —

Der Erblasser kann auch die Miterben gegenseitig substituiren. Hat er in solchem Falle nicht bestimmt, zu welchen Antheilen der erledigte Theil den Uebrigen zufallen soll, so wird angenommen, daß sie in jenem Verhältniß substituirt sind, in welchem sie ursprünglich zur Erbschaft berufen sind — es sei denn, daß außer ihnen noch ein Dritter zum Nacherben bestimmt wäre, wo dann die mehreren Substituten den erledigten Erbtheil zu gleichen Theilen erhalten (§. 607). Wäre aber im letzteren Falle die Substitutionsportion des Dritten genau fixirt, so träte rücksichtlich der substituirten Miterben wieder die Verhältnißtheilung ein.

Die gegenseitige Substituirung von Accrescenzerben ohne nähere Bestimmung der Substitutionsportionen hat keine specielle Wirkung, da die vom Erblasser beabsichtigte schon durch das Accrescenzrecht erreicht wird.

Der Vulgarsubstitut übernimmt, wie der Accrescenzerbe (§. 563), die dem Vorberufenen aufgelegten Lasten, insbesondere die Legate und Auflagen, wenn diese nicht von höchstpersönlicher Natur sind, oder der Erblasser es anders bestimmt hat (§. 606). Die den Vorerben betreffenden Bedingungen sind hingegen ohne ausdrückliche erblasserische Erklärung auf den Nacherben nicht auszudehnen (§. 702).

Wird die Bedingung, unter welcher der Substitut zur Erbschaft berufen ist, vereitelt, so sagt man: die Substitution erlösche. Dieser Fall ist vorhanden, sobald es sicher ist, daß der Institut Erbe wird; dies aber geschieht durch dessen Erbantretung, daher sie auch im G.-B. als Erlöschungsgrund — und zwar als einzig genannter — der gemeinen Substitution aufgeführt wird (§. 615). Selbstverständlich ist dabei eine giltige Erbantretung, nicht jene eines Erbunfähigen vorausgesetzt. Stirbt der Institut, bevor er die ihm angefallene Erbschaft angetreten hat, dann bewirkt (s. oben) die Erbsantretung seines Transmissars die Erlöschung der Substitution.

§. 504. Die fideicommissarische Substitution.

Eine fideicommissarische Substitution im technischen Sinne ist vorhanden, wenn der Erblasser dem von ihm zum Nachlasse Berufenen aufträgt, den erhaltenen Nachlaß nach seinem (des Berufenen) Tode oder in einem anderen bestimmten Falle an einen Anderen herauszugeben (§. 608, vgl. auch §. 652). Auch diese Substitution kann stillschweigend erfolgen, wie ja bekanntlich jede bedingte oder befristete Erbeinsetzung[1]), sowie die Berufung einer am Todestage des Erblassers noch nicht erzeugten Person (Hofd. v. 29. Mai 1845) eine fideicommissarische Substitution enthält (§§. 707, 708); insbesondere aber liegt in dem dem Erben oder Legatar

1) Mit Ausnahme des Falles des §. 604 b. G.-B.

auferlegten Testirungsverbot eine stillschweigende fideicommissarische Substituirung der Intestaterben des Bedachten (§. 610). Dagegen wird der Bedachte durch ein ihm auferlegtes Veräußerungs- oder Einschuldungsverbot[2]) an der beliebigen Verfügung auf den Todesfall nicht gehindert (§. 610 i. f.).

Der in der Reihe zunächst berufene Erbe wird auch bei der fideicommissarischen Substitution Vorerbe, der Nachberufene Nacherbe genannt; auch die römischen Benennungen „Fiduciar" und „Fideicommissar" sind noch in Uebung.

Betreffend die Frage, ob der Erblasser beliebig viele Substitutionsgrade machen, d. h. ob er den Substituten noch weitere Nachberufene substituiren könne, unterscheidet das Gesetz, ob die Nachberufenen Zeitgenossen des Erblassers sind oder nicht. Dabei versteht es unter „Zeitgenossen" die zur Zeit der Errichtung der Substitution bereits Geborenen.[3]) Hinsichtlich der Zeitgenossen ist der Erblasser in der Zahl der Substitutionsgrade unbeschränkt (§. 611); betreffend die Nichtzeitgenossen aber sind für den beweglichen Nachlaß nur zwei Substitutionsgrade, für den unbeweglichen sogar nur einer zulässig; jedoch werden diesfalls nur die wirklich zum Besitze des Nachlasses gelangenden Substituten gezählt (§. 612).[4])

Die Wirkung der fideicommissarischen Substitution ist die, daß der Nachlaß sofort dem Fiduciar anfällt, welcher ihn aber in seiner Integrität für den Fideicommissar aufbewahren muß, so lange des letzteren Erbrecht noch aufrecht besteht. Da der Vorerbe allerdings Erbe ist, so ist er zwar Eigenthümer der Nachlaßstücke, allein sein Eigenthumsrecht ist durch das Anwartschaftsrecht des Nachberufenen in der erwähnten Weise beschränkt, so daß er nur die Früchte beziehen darf, im Uebrigen aber nicht nur die Substanz des Nachlaßvermögens, bezw. das Stammcapital schonen, sondern auch aus den Erträgnissen die Verbesserungen, Herstellungen und Ergänzungen besorgen muß; kurz er hat mit Hinsicht auf den Zweck der fideicommissarischen Substitution, obwohl Eigenthümer des Nachlasses, an demselben im Wesentlichen die Rechte und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers (§. 613). Da er jedoch wirklicher Eigenthümer ist, so wird er als Eigenthümer der zum Nachlaß gehörigen unbeweglichen Güter in die öffentlichen Bücher eingetragen, zugleich aber das Substitutionsband in denselben ersichtlich gemacht (§. 158 Pat. vom 9. Aug. 1854); ihm gebührt der dem Grundeigenthümer zufallende An-

2) Sogen. interdictum de non alienando et onerando.

3) Doch gilt auch hier der Grundsatz (des §. 22 b. G.-B.) nasciturus pro jam nato. Unger §. 20 Anm. 13.

4) Der Grund dieser Beschränkung ist ein nationalökonomischer; bestände keine, so könnte durch fideicommissarische Substitutionen leicht eine Vinculirung zahlreicher ganzer Vermögensmassen hervorgebracht werden, ähnlich jener, die bei dem altdeutschen Stammgutsystem vorkam und noch heut bei den modernen Familienfideicommissen vorkommt, und sich als drückende Fessel des Verkehrs erweisen. Solche Vinculirungen läßt die Gesetzgebung nur ausnahmsweise und zwar unter den Voraussetzungen der Fideicommißerrichtung aus besonderen Gründen zu.

theil an dem in dem Gute gefundenen Schatze, und er wird beim Wegfall des Fideicommissars unbeschränkter Eigenthümer.[5]) Ob der Fiduciar das Substitutionsvermögen unter Aufrechterhaltung der Rechte des Nacherben veräußern oder belasten könne, ist in hohem Maße streitig; die Frage wird meist verneint, und zwar aus dem Grunde, weil der Fiduciar nur die Rechte eines Fruchtnießers habe; allein da seine Beschränkung nur soweit geht, als es die Sicherheit des Substituten erfordert, so ist die Frage richtiger zu bejahen (§§. 468, 527). Daß eine Veräußerung wegen der vom Erblasser herrührenden Schulden zulässig ist, ist selbstverständlich außer Streit.

Damit Verschlimmerungen des Stammvermögens hintangehalten werden, steht dem Fideicommissar gegen den Fiduciar das dazu erforderliche Ueberwachungs- und Klagerecht schon vor dem Anfalle zu. Ist er abwesend oder pflegebefohlen, so bestellt das Gericht zu diesem Zwecke einen Curator, welcher mit Hinblick auf den Zweck der Bestellung Substitutionscurator genannt zu werden pflegt, und die zur Sicherheit der Substanz erforderlichen Schritte vorzukehren hat. Uebrigens muß das Substitutionsband, wenn nicht der Erblasser etwas anderes angeordnet oder die Parteien etwas anderes verabredet haben, bei unbeweglichen Gütern durch Intabulation, bei Capitalien und beweglichen Sachen auf pupillarmäßige Art sichergestellt werden (Pat. vom 9. Aug. 1854 §. 158).

Tritt der Substitutionsfall ein, so geht das Vermögen nach den von zeitlichen Rechten geltenden Grundsätzen ipso jure an den Nacherben über[6]), welcher, je nachdem ihm noch Jemand substituirt ist oder nicht, beschränkter oder unbeschränkter Eigenthümer wird. Bei der Ausfolgung des Vermögens an den Fideicommissar muß also eine Absonderung des Substitutionsvermögens von dem eigenen Vermögen des Fiduciars vorgenommen werden; nur das letztere[7]) geht auf seinen Erben über. Zu diesem eigenen Vermögen des Vorerben gehören auch die bis zum Eintritte des Substitutionsfalles entstandenen Früchte; die stehenden Früchte sind gegen Ersatz der Culturkosten, die Verbesserungen gegen Ersatz des Aufwandes dem Fideicommissar herauszugeben, insofern der Fiduciar hinsichtlich der letzteren nicht das jus tollendi ausübt (§§. 519, 517). Die Grundlage der beiderseitigen Ansprüche bildet das über das Substitutionsvermögen zu errichtende Inventar (§. 518). — Auch die Frage ist streitig, ob der Nacherbe sein gehofftes Recht schon in voraus veräußern oder be-

---

5) Es besteht also doch ein erheblicher Unterschied zwischen den Wirkungen eines Fruchtgenußlegates und denen einer fideicommissarischen Substitution.

6) Anders nach röm. R., nach welchem der Fideicommissar nicht nur Zeitfolger, sondern wirklicher Rechtsnachfolger des Fiduciars war. Vgl. Heimbach Rechtslex. IV. S. 284, 290, Unger §. 20, Anm. 2, §. 48 Anm. 9 u. 11. — Für das östr. R. darf auch §. 608 b. G.-B. (verb.: „überlasse") nicht irre machen an der richtigen Auffassung.

7) Das „freivererbliche Vermögen" (§§. 162, 753—755 b. G.-B.).

lasten dürfe; auch diese Frage ist richtiger zu bejahen, da auch künftige Rechte Gegenstand des Verkehrs sind (vgl. §§. 1275, 1276 u. a.).

Schlägt der Fiduciar die Erbschaft aus, so fällt sie sofort an den Fideicommissar, da die fideicommissarische Substitution die gemeine in sich begreift (§. 608 i. f.); zögert der Vorerbe mit der Antretung, so wird er wenigstens als einstweilen verzichtend angesehen und die Erbschaft dem Nacherben eingeantwortet (Pat. cit. §. 120). Tritt der Vorerbe die Erbschaft an, stirbt aber noch vor dem Zeitpunkte, in welchem er sie dem Nacherben überlassen soll, so gelangt sie sofort an den letzteren (arg. §. 608 i. f.). Die dem Vorerben auferlegten Lasten treffen, soweit sie noch nicht erfüllt und nicht höchstpersönlich sind, auch den Nacherben (§. 606), was jedoch nicht auch von den Bedingungen gilt, unter denen der erstere eingesetzt ist (§. 702).

Die fideicommissarische Substitution erlischt, und der Fiduciar wird unbeschränkter Eigenthümer der Verlassenschaft:

1) „wenn keiner der berufenen Nacherben mehr übrig ist" (§. 615). Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Nacherbe unter einer Bedingung oder einem ungewissen Anfangstermin berufen ist, und deren Eintreffen nicht erlebt hat (§§. 703, 704). Streitig aber ist, ob das Nämliche auch zu gelten habe, wenn er einen Anfangstermin, der kommen muß (§. 705), nicht erlebt hat; die herrschende Meinung bejaht die Frage, indem unter den „berufenen" Nacherben des §. 615 nur die vom Erblasser ausdrücklich genannten, nicht aber auch deren Erben verstanden sein sollen, — sie findet also in der Bestimmung des §. 615 eine Ausnahme von der in §. 705 aufgestellten Regel. Mit Recht betont jedoch Unger[8]), daß die Erben des vor dem Termin verstorbenen Nacherben, da sie vollkommen in seine Rechte treten (§. 537), ebensogut wie er selbst berufene Nacherben sind, und darum auch diesfalls in vollem Maße §. 705 zur Anwendung gebracht werden müsse. Dafür spricht auch der Umstand, daß §. 707 die befristete Berufung einer fideicommissarischen Substitution vollkommen gleichstellt. Allerdings aber muß hier entschieden hervorgehoben werden, daß gerade der gewöhnlichste Substitutionsfall, nämlich der Tod des Vorerben regelmäßig einen bedingten[9]) Termin bildet; denn die Absicht des Erblassers ist hier im Zweifel nicht auf die Thatsache des freilich unter allen Umständen sicheren Eintritts des Todes des Vorerben überhaupt, sondern auf die minder sichere Thatsache des Ueberlebens des Nacherben gerichtet;

2) wenn der Fall wegfällt, für den die fideicommissarische Substitution errichtet wurde (§. 615).[10])

Auch die letztwillige Anordnung, in der eine fideicommissarische Substitution angeordnet wird, verliert[11]) ihre Kraft, wenn der bedachte Geistes-

8) Erbr. §. 20 Anm. 12, §. 48 Anm. 2.

9) Die gebrauchten Worte pflegen dies freilich nicht auszudrücken; sie lauten meist, als handle es sich um einen reinen Termin.

10) Damit ist nämlich die Bedingung vereitelt, an welche das Erbrecht des Nacherben geknüpft war.

11) Weil dies der wahrscheinliche Wille des Erblassers ist.

kranke dergestalt wieder zum Gebrauche seiner Geisteskräfte kommt, daß die über ihn verhängte Curatel aufgehoben wird oder wenigstens bei voller Besinnung testirt[12]), eben weil der vermuthliche Wille des Erblassers nicht dahin gerichtet war, den Bedachten in der Verfügung über der Nachlaß zu beschränken, sondern vielmehr darauf, für den Nachlaß nach dem Tode des Bedachten eine Vorsorge zu treffen. Selbst wenn der Bedachte, nachdem er den Gebrauch seiner Geisteskräfte erlangt hatte, wegen Rückfalls in die Geisteskrankheit wieder unter Curatel gesetzt werden muß, gelangt die (definitiv erloschene) fideicommissarische Substitution nicht wieder zur Kraft, gleichviel ob der Bedachte während der Zeit seiner Geistesgesundheit testirt hat oder nicht (§. 616). Doch hat diese Bestimmung als eine bloße Interpretationsregel keine Anwendung, wenn erhellt, daß der Testator unter allen Umständen eine fideicommissarische Substitution errichten wollte.[13])

Ebenso verliert die fideicommissarische Anordnung ihre Kraft, wenn der Erblasser seinem eigenen Kinde zur Zeit, da es noch kinderlos war, einen Substituten ernannt hat, und dieses Kind sodann erbfähige Nachkommen hinterläßt, mag dies vor oder nach dem Tode des Erblassers geschehen sein (§. 617); es wird eben auch hier angenommen, der Substitut sei nur unter der Voraussetzung ernannt worden, daß das Kind ohne Nachkommen bleiben werde. Uebrigens muß das Kind Nachkommen nicht nur erhalten, sondern auch hinterlassen haben, daher die aus der fideicommissarischen Substitution hervorgehende Beschränkung unter allen Umständen bis zum Tode des Kindes verbleibt. Hinterläßt aber das Kind Nachkommen, so war sein Testirungsrecht frei, denn der Nachlaß muß durchaus nicht nothwendig[14]) seinen Nachkommen hinterlassen werden. — Unter den „erbfähigen Nachkommen", welche das Kind hinterlassen haben muß, sind übrigens nur die ehelichen oder die legitimirten, nicht auch Adoptivkinder zu verstehen, der Fiduciar selbst aber kann im Verhältniß zum Erblasser auch ein uneheliches oder ein Wahlkind, auch ein Kind entfernteren Grades sein. Die von Einigen[15]) vertretene Behauptung, die fideicommissarische Substitution erlösche auch, wenn die Nachkommen des Fiduciars zwar nicht ihn selbst, wohl aber einen anderen Substitutionsfall[16]) überleben, entbehrt jeden Grundes. — Uebrigens ist auch die Bestimmung des §. 617 eine bloße Interpretationsregel, und sie findet daher keine Anwendung, wenn erwiesen wird, daß der Erblasser seinem Kinde für alle Fälle einen Substituten geben wollte.[17])

Für Fälle, in denen eine Substitution zweifelhaft ausgedrückt ist, gibt das Gesetz die allgemeine Interpretationsregel, daß jene Auslegung

---

12) Gleichviel ob dies vor oder nach dem Tode des die Substitution anordnenden Erblassers geschehen sein mag.

13) Namentlich also auch dann, wenn dem Testator die Geisteskrankheit des Bedachten gar nicht bekannt war.

14) Wie dies behauptet wird von Winiwarter III. S. 131.

15) Ellinger ad §. 617, Stubenrauch II. S. 396.

16) Z. B. das Großjährigwerden eines Ziehkindes.

17) Vgl. überhaupt Unger §. 20 Anm. 4.

den Vorzug verdiene, durch welche das freie Verfügungsrecht des Institututen weniger eingeschränkt erscheint (§. 614).[18]) Danach ist im Zweifel die gemeine Substitution eher anzunehmen, als eine fideicommissarische, und es ist eine fideicommissarische Substitution unter der Bedingung, daß der Institut kinderlos stirbt, nicht zugleich als Substitution dieser Kinder aufzufassen[19]); die Substitution „der Kinder" ist im Zweifel nicht auch auf die Enkel, die der Gattin nicht auch auf die zweite Gattin auszudehnen. Die Substitution für den Fall der Kinderlosigkeit entfällt, wenn der Institut Kinder hinterlassen hat, mögen sie auch erbunfähig sein.

Wird dem Erben aufgetragen, nur dasjenige, was von dem Nachlasse bei seinem Ableben noch vorhanden sein wird, einem bestimmten Dritten zu überlassen[20]), so ist das zwar ein Testirungsverbot, darum aber noch nicht eine fideicommissarische Substitution; der Erbe kann den ganzen Nachlaß verzehren.

§. 508. Die vertragsmäßige Erbfolge.

1) Rechtliche Natur des Erbvertrags. Ein Erbvertrag, neben Gesetz und Testament der dritte mögliche Berufungsgrund zur Erbfolge[1]), ist ein zwischen dem Erblasser und dem Erben geschlossener Vertrag, in welchem der erstere den letztern unwiderruflich zu seinem Erben einsetzt. Ein solcher Vertrag ist nach östr. Recht nur zwischen Ehegatten zulässig (§§. 602, 1249). Damit ist zugleich gesagt, daß Erbverträge zwischen Familien als solchen (sog. Erbverbrüderungen), ferner Erbverträge zwischen den Kindern erster Ehe und den Gatten zweiter Ehe, durch welche diesen Kindern gegen Verzichtleistung auf das Erbrecht aus erster Ehe ein mit den Kindern zweiter Ehe gleiches Erbrecht eingeräumt werden soll (sog. Einkindschaften §. 1259) nach östr. Recht ungiltig sind. Da sonach Erbverträge von dem Bestande einer giltigen Ehe abhängig sind, so zerfallen sie, wie andere Ehepacte, mit der Nichtigerklärung der Ehe (§. 1265). Doch hindert dieser Rechtssatz nicht die Zulässigkeit ihrer Abschließung unter Brautleuten, nur bleibt in diesem Falle ihre Giltigkeit suspendirt bis zur Schließung der Ehe.[2])

Das juristische Wesen des Erbvertrags ist sehr bestritten. Einige sehen darin einen Vertrag über den künftigen Nachlaß eines der Contrahenten, welcher von diesem versprochen und von dem Compaciscenten angenommen werde — eine Theorie, welcher auch die Verfasser des b. G.-B. bei der Definition des §. 1249 gehuldigt zu haben scheinen. Danach wäre der Erbvertrag ein obligatorischer, auf Uebergabe des Nachlasses gerichteter Vertrag. In der That aber könnte er als solcher keine Wirksamkeit erlangen, da dem Promissar nach dem Tode des Pro-

18) Unger Anm. 5.
19) Pl.-Entsch. G.-Z. 1871 Nr. 36 [= Sammlung VII. Nr. 3630].
20) Sogen. fideicommissum ejus quod supererit.

1) §§. 533, 799 b. G.-B., Pat. 9. Aug. 1854 §. 126.
2) Hofd. v. 25. Juni 1817 Nr. 1340 J.-G.-S.

mittenten wegen Mangels eines Erben kein Verpflichteter gegenüber stände, und selbst in dem Falle, wenn der Promissar den Nachlaß eigenmächtig an sich zöge, sein Eintreten in sämmtliche Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers unerklärt bliebe. Auch würde aus dieser Theorie nicht nur die Entbehrlichkeit der Erbschaftsantretung durch den Promissar, sondern sogar die Uebertragbarkeit des Erbrechts auf den Erbeserben in dem Falle folgen, wenn der Eingesetzte noch vor dem Erblasser stirbt (arg. §. 918 pr.), was doch dem östr. Recht entschieden widerspricht.

Eine andere von Hartmann[3]) aufgestellte Theorie[4]) sieht in dem Erbvertrage eine gewöhnliche testamentarische Erbeinsetzung, verbunden mit dem vertragsmäßigen Verzicht auf das Widerrufsrecht. Sie stellt demnach die Behandlung des Erbvertrags unter jene des Testaments; sie will nicht von Vertrags- sondern nur von Testamentserben gesprochen wissen, und neben Gesetz und Testament nicht auch den Erbvertrag als besonderen Berufungsgrund aufführen lassen.[5]) Wäre diese Theorie richtig, so würden ihre Consequenzen von sehr erheblicher Tragweite sein; namentlich würde sie dahin führen, daß durch mutuus dissensus nur der Widerrufsverzicht, nicht auch die Erbeinsetzung aufgehoben werden würde, daß die Ungiltigkeitserklärung der Ehe ebenfalls nur die Vernichtung des Verzichtes, nicht auch die der Erbeinsetzung zur Folge hätte, insbesondere aber, daß die dem Erbvertrage beigefügten Bedingungen nicht nach den Grundsätzen über vertragsmäßige, sondern nach denen über letztwillige Bedingungen zu beurtheilen wären. Da dies aber gewiß unrichtig ist (s. unten Nr. 3), so kann dem östr. Recht die Hartmann'sche Lehre nicht zu Grunde gelegt werden.

Das Richtige ist, als Wesen des Erbvertrags mit der herrschenden Meinung die zweiseitig festgestellte Beerbung eines oder beider Contrahenten anzusehen. Danach ist der Erbvertrag ein selbständiger, nicht auf das letzte Wollen des Erblassers, sondern auf die in einem anderen Momente getroffene Willenseinigung sich stützender Delationsgrund, der, wie das Testament, eine Universalsuccession zu bewirken vermag.

Im Erbvertrage setzt entweder nur Ein Ehegatte den anderen, oder es setzen sich beide gegenseitig zu Erben ein; allerdings können in demselben auch Verfügungen zu Gunsten dritter Personen vorkommen, allein rücksichtlich dieser ist der Erbvertrag nur als eine beliebig widerrufliche Anordnung anzusehen.[6]) Auch vertragsmäßige Zusicherungen in dem Erbvertrag, welche nicht eine Quote des Nachlasses, sondern etwas, was Gegenstand eines Legates ist, betreffen, haben nur die Kraft eines Codicills, da sich der Erbvertrag als solcher nur auf den ganzen Nachlaß oder eine

3) Zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten 1860.

4) Sie ist gebilligt von Unger §. 26, Arndts Pand. §. 470 A. 3 und Haimerl's Vjschr. VII. Nr. 10, und Kirchstetter ad §. 1249 fg. [3. Aufl. S. 604].

5) Unger §. 26 Anm. 5; vgl. Anm. 6, 11, 19, 20.

6) Entsch. G.-H. 1864 Nr. 77, G.-Z. 1870 Nr. 18 [= Sammlung IV. Nr. 1838, VIII. Nr. 3651].

Quote desselben beziehen kann (§. 602), und ein dem Erbvertrag analoger Vermächtnißvertrag dem östr. Recht unbekannt ist.

2) Erfordernisse. Außer dem bereits erwähnten Erforderniß des Bestandes einer giltigen Ehe müssen Erbverträge sowohl den Erfordernissen letztwilliger Anordnungen, als auch jenen der Verträge Genüge leisten. Daher ist auf Seite des Einsetzenden Testirungsfähigkeit, auf Seite des Eingesetzten Erbfähigkeit erforderlich, nur muß die letztere nicht wesentlich im Moment der Vertragsschließung[7]), sondern vielmehr in dem des Anfalls vorhanden sein (§. 545). Der Einsetzende muß überdies vollkommen handlungsfähig sein, oder es muß das obervormundschaftliche Gericht seine vertragsmäßige Erbeinsetzung genehmigt haben, widrigens sie höchstens insofern giltig sein kann, als sie als testamentarische aufrecht zu stehen vermag; annehmen aber kann der Eingesetzte auch ohne Intervention der Vormundschaft (§. 1250). Immer aber muß die Einsetzung von dem Einsetzenden persönlich geschehen; eine Vertretung durch den Vormund, die bei anderen Verträgen zulässig ist, ist hier unbedingt ausgeschlossen (§. 564). Die Form betreffend verlangt das Gesetz jene eines schriftlichen Testamentes (§. 1249), also, da eine zweiseitige Erklärung nicht füglich von beiden Theilen eigenhändig geschrieben werden kann, die Beiziehung von drei tauglichen Testamentszeugen. In privilegirter Form kann diese für die Dauer berechnete Urkunde nicht errichtet werden.[8]) Nach dem Gesetze vom 25. Juli 1871 Nr. 76 R.-G.-Bl. §. 1 lit. a ist überdies zur Giltigkeit der Ehepacte, also auch des Erbvertrages (§. 1217) die Aufnahme eines Notariatsactes erforderlich, und es muß dieser bei Erbverträgen vor zwei Notaren, oder vor Einem Notar und zwei Actzeugen errichtet werden (N.-O. §. 56). Es steht den Parteien frei, entweder die bereits fertige Erbvertragsurkunde durch einen Notariatsact bekräftigen zu lassen (N.-O. §. 54), oder erst vor dem Notar den Vertrag in Form eines Notariatsactes zu errichten (N.-O. §. 67). An der Nothwendigkeit gerichtlicher Intervention bei pflegebefohlenen Ehegatten wird durch diese Bestimmungen nichts geändert (§. 1 d. Ges. v. 25. Juli 1871 Nr. 76 a. E.).

Um als Erbvertrag zu gelten, muß ferner die Willenserklärung in einer Weise abgefaßt sein, daß daraus die Unwiderruflichkeit der Erbeinsetzung mit voller Zuverlässigkeit entnommen werden kann. Ist die Ausdrucksweise zweifelhaft, so ist nur ein (ein- oder wechselseitiges) Testament anzunehmen.[9])

Ueber die Möglichkeit und Zulässigkeit des Inhalts gelten auch hier die Grundsätze von Testamenten; insbesondere ist jede den Pflichttheilsanspruch der Notherben verletzende Anordnung ungiltig (§. 1254), und entbehrt eine im Erbvertrage geschehene Verzichtleistung auf das beneficium inventarii aller rechtlichen Wirkung (§. 803). Eine besondere Beschrän-

---

7) Unger Anm. 7.

8) Unger Anm. 10. Ausdrücklich bestätigt rücksichtlich der Militärpersonen durch Hofkrgrdg. 8. März 1818.

9) Entsch. G.-Z. 1857 Nr. 57, 1867 Nr. 38 (= G.-H. 1867 Nr. 37) [= Sammlung I. Nr. 311, V. Nr. 2627]. Wichtig wegen §. 1253.

kung hinsichtlich der Zulässigkeit des Inhalts ist aber hier die, daß der Erbvertrag[10]) nicht auf den ganzen Nachlaß lauten darf; „ein reiner Viertheil, worauf weder der Jemanden gebührende Pflichttheil, noch eine andere Schuld haften darf, bleibt kraft Gesetzes zur freien letzten Anordnung immer vorbehalten“ (§. 1253). Wie dieser Viertheil zu berechnen sei, ist streitig. Die Einen[11]) verstehen darunter immer, mögen Notherben vorhanden sein oder nicht, $^1/_4$ des reinen, d. i. nach Abzug der Schulden und Erbschaftslasten (z. B. §§. 549, 818) sich ergebenden Nachlasses; den Pflichttheil, wo ein solcher in Betracht kommt, bringen sie lediglich von der dem Vertragserben zukommenden Quote in Abzug, und gelangen damit zu dem Ergebniß, daß beim Vorhandensein von Kindern der Erbvertrag höchstens für $^1/_4$ des Nachlasses wirksam werden kann. Allein[12]) das Gesetz gebietet ja (§. 1253) eine gleichmäßige Behandlung des Pflichttheils und der Nachlaßschulden; der Pflichttheilsanspruch muß also ebenso wie die Nachlaßschulden allen Miterben zur Last fallen; mit andern Worten es muß vom reinen Nachlaß auch noch der in Frage kommende Pflichttheil in Abzug gebracht werden; und der der freien Verwendung vorbehaltene Viertheil ist $^1/_4$ des hienach noch verbleibenden Activrestes. Sind nun Notherben vorhanden in absteigender Linie, so macht dieser „Viertheil“ gegenüber dem wirklichen reinen Nachlaß allerdings nur $^1/_8$ aus, allein das Gesetz hat ja nur $^1/_4$ des nach Ausscheidung der Passiven und des Pflichttheils verbleibenden Nachlasses im Auge, und somit kann sich der Erbvertrag beim Vorhandensein pflichttheilsberechtigter Kinder wirksam auf $^3/_8$ des Nachlasses erstrecken. Die gleiche Berechnungsweise gilt auch in dem Falle, wenn pflichttheilsberechtigte Ascendenten vorhanden sind; da deren Pflichttheil jedoch ein geringerer ist, so wird die Quote, auf welche sich der Erbvertrag erstrecken kann, größer, nur kann sie doch nicht volle $^3/_4$ des Nachlasses erreichen, — letzteres ist vielmehr nur möglich, wenn es an Pflichttheilsberechtigten gänzlich fehlt. Ein gerichtlich erklärter Verschwender insbesondere kann, nach der richtigen Meinung, da die Hälfte des Nachlasses jedenfalls seinen gesetzlichen Erben zu verbleiben hat, also wie ein Pflichttheil zu behandeln ist, immer nur über so viel, wie ein Erblasser mit pflichttheilsberechtigten Kindern, d. h. über $^3/_8$ des reinen Nachlasses einen Erbvertrag eingehen[13]), und bedarf hiezu, wie ein anderer pflegebefohlener Gatte, der gerichtlichen Genehmigung. Die Behauptung[14]), daß er mit dieser Genehmigung auch über $^3/_4$ seines Nachlasses vertragsmäßig disponiren könne, ist unrichtig;

10) Trotz der Definitionen in den §§. 602, 1249.

11) So Ellinger ad §. 1253 und seinerzeit Nippel in seiner, in dessen Comm. VII. S. 649 Note 1 cit. Abh.; vgl. Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 69, G.-H. 1870 Nr. 59 [= Sammlung VI. Nr. 3200, VIII. Nr. 3686].

12) Vgl. Unger §. 26.

13) Zeiller VI. S. 634, Scheidlein Misc. III. §. 117, Ellinger ad §. 1250, Unger §. 26 Anm. 17.

14) Von Graßl Ztschr. f. östr. R.-G. 1829 I. Nr. 15, Winiwarter IV. S. 470 f., Nippel VII. S. 639 fg., Stubenrauch III. S. 450, Füger Erbr. I. S. 127 fg.; s. auch Peitler 2. Aufl. Nr. 1007. Wieder anders Kirchstetter (3. Aufl.) S. 605.

die obervormundschaftliche Genehmigung kann nur das aus der Vertragsunfähigkeit, nicht aber das aus der Testamentsunfähigkeit hervorgehende Hinderniß beheben, vermag aber nicht das den Intestaterben, die hier ein „anomales Pflichttheilsrecht" [15]) genießen, zukommende Recht zu schmälern. Uebrigens bildet die angeführte Berechnung nur den Maßstab für den dem Vertragserben und dem Erben des „reinen Viertheils" zukommenden Erbtheil; den Nachlaßgläubigern und den Notherben kann ihre Berechtigung, sich aus der Nachlaßmasse zahlhaft zu machen, sowie auch ihre Ansprüche gegen beide Erben geltend zu machen, nicht benommen werden.

In das der freien Verfügung vorbehaltene reine Viertheil sind auch sämmtliche Legate, da sie beliebig widerruflich sind, einzurechnen. Betragen diese wenigstens $^1/_4$ des Nachlasses, so kann der Erbvertrag auch auf den ganzen Nachlaß lauten. Lautet er aber ohne diese Voraussetzung auf den ganzen Nachlaß, dann ist er rücksichtlich des vorbehaltenen Viertheils nicht einmal als Testament giltig[16]), sondern es tritt rücksichtlich desselben, wenn darüber nicht speziell verfügt wurde, die Intestaterbfolge ein (§. 1253). Doch unterliegt es keinem Anstande, über diesen Viertheil in der Erbvertragsurkunde selbst, sei es dann zu Gunsten eines Dritten oder auch des Vertragserben, testamentarisch zu verfügen.[17])

Der von einem Ehegatten dem andern vertragsmäßig eingeräumte lebenslängliche Fruchtgenuß des Nachlasses kann sich auch auf den ganzen Nachlaß beziehen (§§. 1255, 1258); wird aber dem Ehegatten ein Dritter fideicommissarisch substituirt, so gilt der Vertrag, obwohl der Instituirte auch hier im Wesentlichen nur die Rechte und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers hat (§. 613), für ihn bezüglich des vorbehaltenen Viertheils nicht; dieses Viertel fällt vielmehr sofort an den Substituten (§. 608 i. f.).

3) Willensbeschränkungen. Auch der vertragsmäßigen Erbeinsetzung können Bedingungen, Befristungen und Auflagen beigesetzt, gemeine und fideicommissarische Substitutionen angefügt werden; daß diese nur als testamentarische Bestimmungen gelten, versteht sich von selbst und wurde bereits erwähnt. Auch die Wirkung der beigerückten Bedingungen, Befristungen und Auflagen ist dieselbe, wie wenn sie letztwilligen Anordnungen beigesetzt wären, nur mit einer wichtigen Abweichung hinsichtlich der Bedingungen. Da nämlich vertragsmäßige Bedingungen theilweise andere Wirkungen haben, als letztwillige[18]), so treten hier, eben weil der Erbvertrag ein Vertrag ist, die Wirkungen vertragsmäßiger Bedingungen ein (§. 1251). Perplexe und unerlaubte Resolutivbedingungen, welche bei einem letzten Willen als nicht beigesetzt gelten (§§. 697, 698), machen daher den Erbvertrag ungiltig (§. 898)[19]), und bei Potestativbedingungen,

---

15) Unger §. 26 Anm. 17.

16) Es tritt also keine Conversion ein. Vgl. Entsch. G.-Z. 1861 Nr. 14 [= Sammlung III. Nr. 1208]: Der Vertragserbe hat diesfalls gegenüber dem Intestaterben die Klägerrolle.

17) Unger a. a. O. gegen Nippel VII. S. 652 fg.

18) §§. 898—900 verglichen mit §§. 697, 698, 701, 703.

19) Daß sich dies nicht auch auf unmögliche Resolutivbedingungen bezieht, darüber s. Grundriß I. §. 111 bei Note 16.

die im Falle einer Auflegung durch letzten Willen nach dem Tode erfüllt werden müssen, mögen sie auch schon bei Lebzeiten erfüllt worden sein (§. 701), genügt hier die Erfüllung nach dem Abschluß des Erbvertrages (§. 899).[20]) Die Bestimmung des §. 900, wonach die unter einer Suspensivbedingung zugesagten vertragsmäßigen Rechte auch auf die Erben übergehen, mag auch der Erblasser die Erfüllung der Bedingung nicht überlebt haben, gilt jedoch für den Erbvertrag offenbar nicht[21]); denn ein suspensiv bedingtes Erbrecht ist noch gar nicht angefallen (§§. 703, 545), und ein nicht angefallenes Erbrecht läßt eine Transmission nicht zu (§§. 536, 1252).

4) Wirkung. Die Errichtung eines Erbvertrages hat bei Lebzeiten des Einsetzenden keine andere Wirkung, als die, daß er gehindert ist, durch ein späteres Geschäft auf den Todesfall den eventuellen Erbanspruch des Vertragserben zu schmälern. Trotz des Erbvertrages kann er aber mit seinem Vermögen nach Belieben schalten, es veräußern oder verschulden, es umwandeln oder verzehren, ohne daß der Vertragserbe ein Einspruchsrecht dagegen hätte; denn ihm gebührt als Erbschaft nicht ein Bestimmtes, sondern nur dasjenige, was nach dem Tode des Erblassers übrig bleibt (in den oben bezeichneten Grenzen), und auch dies nur, wenn er den Erblasser überlebt. Auch die Eintragung des Erbvertrags in die öffentlichen Bücher kann daran nichts ändern, namentlich kann sie nicht die Unveräußerlichkeit des Gutes bewirken, in dessen Einlage die Eintragung erfolgt sein mag (§. 1252). Die Streitfrage, was die Wirkung der im G.-B. erwähnten Eintragung eines Erbvertrages (Intabulation) sei, ist eine ganz müßige; sie ist nämlich dahin zu beantworten, daß eine solche Einverleibung gar keine Wirkung hat; die Erwähnung dieser Intabulation im G.-B. erklärt sich einerseits aus der alten Gewohnheit, Ehepacten in die sog. Ehepactenprotokolle, Testamente und Erbverträge in Landtafeln und Stadtbücher einzutragen, andererseits daraus, daß §. 1256 den verwandten Fall der Einverleibung des Advitalitätsrechtes nennt.[22]) Der Vertragserbe kann also, da ihm bei Lebzeiten des Erblassers ein concreter Anspruch nicht zusteht, von diesem auch keine Sicherstellung seines eventuellen Erbrechtes fordern (§. 1252 a. E.); insbesondere ist die Pränotation des Erbvertrages zu dem erwähnten Zwecke unzulässig[23]); alles, was er gegenüber dem verschwenderischen Ehegenossen zu seinem Schutze thun kann, beschränkt sich auf die Erwirkung der Prodigalitätserklärung und Stellung unter Curatel (§. 1241).

Auf frühere Erbeinsetzungen und Codicille haben die Erbverträge, obwohl sie nicht auf den ganzen Nachlaß lauten dürfen, denselben Einfluß, wie die Testamente; diese älteren Verfügungen werden also dadurch beseitigt, wenn nicht der deutliche Wille des Testators nachweisbar ist, sie trotzdem aufrecht zu erhalten (§. 713).

---

20) Unger Anm. 14.

21) Zeiller ad §. 1251, Scheidlein ad §. 1252.

22) Unger Anm. 16.

23) Entscheid. G.-Z. 1869 Nr. 35 [= Schimkowsky I. Nr. 66].

Nach dem Tode des Erblassers hat, wenn ihn der Vertragserbe überlebt, der Erbvertrag nur die Bedeutung eines Delationsgrundes. Dem Vertragserben steht es also frei, die Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen, und auch die im Erbvertrage eingegangene Verbindlichkeit, ein bestimmtes Legat zu entrichten oder es aus eigenen Mitteln zu ergänzen, ändert daran nichts; der Legatar kann also, wenn der Vertragserbe ausschlägt, ihn nicht etwa mit Berufung auf §. 1019 zur Zahlung verhalten, daher auch nicht eine Pfandrechtspränotation des Legates gegen ihn erwirken[24]), da jene Zusicherung nur für den Fall des wirklichen Erbewerdens des Vertragserben abgegeben erscheint. Dem Vertragserben steht es auch frei, trotz einer in dem Erbvertrag enthaltenen gegentheiligen Zusage, die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars anzutreten, und sich dadurch von der Verbindlichkeit frei zu halten, Legate über die Kräfte des Nachlasses hinaus zu tragen (§. 803). Die dem Vertragserben aufgelegten Legate sind auch nur aus seiner Erbquote, die übrigen nur aus dem der freien Verfügung vorbehaltenen Theile des Nachlasses zu berichtigen (§. 649); nur die bereits vor der Errichtung des Erbvertrags angeordneten und in demselben aufrecht erhaltenen Vermächtnisse fallen, insoweit nicht ein gegentheiliger Wille des Erblassers vorliegt, dem Vertragserben und dem Erben des vorbehaltenen Theils nach Verhältniß ihrer Erbtheile zur Last (§. 649).

5) Erlöschung. Ein Erbvertrag kann durch (einseitigen) Widerruf nicht entkräftet werden (§. 1254), und eine vom Erblasser nach geschlossenem Erbvertrage errichtete letztwillige Anordnung kann sich nur auf den vorbehaltenen Theil des Nachlasses beziehen. Das Nämliche gilt auch von einer späteren Schenkung auf den Todesfall (§. 956), da sie, obwohl an sich ein Geschäft unter Lebenden, und obwohl der Erblasser im Allgemeinen zu Veräußerungen berechtigt ist (§. 1252), doch ihrer Tendenz nach über den Nachlaß zu disponiren bestimmt ist. Wegen der Unwiderruflichkeit des Erbvertrages ist auch die Bestimmung des §. 778, wonach ein errichtetes Testament dadurch, daß der kinderlose Testator später einen Notherben erhält, seine Geltung verliert, auf den Erbvertrag nicht anwendbar, weil sie auf einem vermutheten Widerruf beruht.[25])

Der Erbvertrag kann jedoch „nach Vorschrift der Gesetze entkräftet werden" (§. 1254):

a) Durch gegenseitiges Uebereinkommen der Parteien (mutuus dissensus); die Behauptung Unger's[26]), daß durch dieses Uebereinkommen nur die Unwiderruflichkeit der Erbeinsetzung, nicht diese selbst aufgehoben werde, und daß es daher noch eines besonderen Widerrufs der Erbeinsetzung bedürfe, beruht auf der von ihm gebilligten Hartmann'schen Theorie der Erbverträge; ist diese, wenigstens für das östr. Recht unhaltbar (s. oben), so fällt mit ihr auch diese Lehre.

---

24) Entsch. G.-H. 1869 Nr. 66, vgl. G.-Z. 1852 Nr. 148 [Sammlung VII. Nr. 3451, Peitler 2. Aufl. Nr. 1013].

25) Dagegen Unger §. 26 Anm. 18.

26) Erbr. §. 26 Anm. 20.

b) Durch Ungiltigerklärung, sowie durch Trennung der Ehe; im letzteren Falle jedoch mit der Beschränkung, daß zu Gunsten des schuldlosen Ehegatten der Erbvertrag in Geltung bleibt (§§. 1265, 1266). Die Behauptung Unger's[27]), daß sich im Falle der Ungiltigerklärung oder Trennung der Ehe der Erbvertrag in ein Testament verwandle, welches erst noch besonders entkräftet werden müsse, ist schwerlich genügend zu begründen. Im Falle einer gerichtlichen Scheidung von Tisch und Bett kann, wenn kein Theil, oder wenn beide Theile an der Scheidung Schuld tragen, jeder Ehetheil, sonst nur der schuldlose Gatte die Aufhebung der Ehepacten, also auch des Erbvertrages, durch richterlichen Ausspruch verlangen (§. 1264).

Der Erbvertrag kann ferner durch den Vortod des Vertragserben (§. 1252), durch dessen Erbunfähigkeit und Erbsentschlagung, und endlich durch die vorzeitige Wiederverehelichung der Witwe (§. 121) seine Wirksamkeit verlieren. Die Bestimmung des Mil.-St.-G. §. 208, betreffend die Entkräftung früherer letztwilliger Anordnungen durch Desertion, bezieht sich offenbar auf den Erbvertrag nicht.

§. 509. Die Erbantretung.

Die Erbschaft muß von Demjenigen, dem sie angefallen ist, auch angenommen oder angetreten werden, weil der Anfall für sich nur die rechtliche Möglichkeit des Erbschaftserwerbes erzeugt. Unter der Erbantretung nun versteht man die gesetzmäßige Willenserklärung des berufenen Erben, daß er Erbe sein, daß er die Erbschaft annehmen wolle. Soll sie von rechtlicher Wirkung sein, so muß sie nach östr. Recht vor der Einantwortung der Erbschaft[1]) nicht nur ausdrücklich, sondern sogar gerichtlich geschehen, weil[2]) nach dem dem östr. Erbrecht zu Grunde liegenden Verlaßabhandlungssystem zunächst das Gericht die Verlassenschaft unter seine Obsorge nimmt, um sie Demjenigen auszufolgen, der sein Erbrecht ausgewiesen und die Erbschaft anzunehmen sich bereit erkärt hat, der Erbe also nicht eigenmächtig den Nachlaß in Besitz nehmen darf (§. 797). Mit andern Worten, wer die Erbschaft erlangen will, muß unter Nachweisung des Berufungsgrundes, kraft dessen ihm die Erbschaft angefallen ist[3]), dem Verlaßabhandlungsgericht gegenüber die ausdrückliche Erklärung abgeben, daß er die Erbschaft annehme (§. 799). Und da für die Beantwortung der Frage, ob der Erbe die erblasserischen Verbindlichkeiten unbedingt oder nur bis zum Belaufe der Erbschaftsactiven übernehme (wie später zu zeigen sein wird), der Umstand entscheidend ist, ob er über die Erbschaft ein gerichtliches Inventar errichten läßt oder nicht, so muß die Erklärung auch hierüber das Bestimmte enthalten. Diese Erbsantretung wird Erbs-

27) Erbr. §. 26.

1) Nach abgeschlossenem Abhandlungsverfahren ist eine gerichtliche Erbserklärung nicht mehr zulässig. Pat. 9. Aug. 1854 §. 180. Vgl. unten §. 511 a. E.

2) Es genügt nicht, diesen Satz mit dem Bedürfniß möglichster Publicität und der erwünschten Erleichterung des Beweises für Dritte zu begründen.

3) Also seines Intestaterbrechts, des Testamentes oder Erbvertrages, in welchem er zum Erben ernannt ist.

erklärung genannt; verlangt sie die Errichtung eines Inventars nicht, dann heißt sie eine unbedingte, im Gegenfalle eine bedingte Erbserklärung (§. 800). Auch die letztere ist trotz ihres Namens ein unbedingtes Rechtsgeschäft; die Beifügung einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung zur Erbserklärung wäre sogar unzulässig.[4])

Ist der Delat aus mehreren Berufungsgründen berufen, so steht es ihm im Allgemeinen frei, den einen fallen zu lassen und seine Erbserklärung auf den andern zu stützen.[5]). Wenn jedoch der Intestaterbe zugleich testamentarisch[6]) eingesetzt ist, ist die Ausschlagung der Erbschaft aus dem Testamente und die Antretung aus dem Gesetze in der Absicht, die testamentarische Anordnung zu vereiteln, untersagt; der Erbe hat die Erbschaft entweder aus dem letzten Willen anzutreten, oder ihr ganz zu entsagen (§. 808).[7]) Die gleiche Bestimmung muß offenbar auch für den Fall gelten, als der Erbe zugleich aus dem Erbvertrag und ab intestato berufen ist. Indessen hat diese Bestimmung im östr. Recht wegen §. 726 b. G.-B. und mit Rücksicht auf den Umstand, daß der bedingt Eingesetzte für den Fall der Deficienz der Bedingung regelmäßig auch von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist[8]), dem Eingesetzten somit die Ausschlagung aus dem Testamente keinen Vortheil zu bieten vermöchte, eine practische Bedeutung höchstens bei rein persönlichen Auflagen (§§. 563, 606) oder für den Fall, „daß ein Anderer zum Miterben unter der Bedingung eingesetzt würde, daß der Instituirte aus dem Testament Erbe werde“.[9])

Insofern besteht von der eben behandelten Regel eine Ausnahme, als es dem testamentarisch instituirten Notherben unbenommen bleibt, die Erbschaft aus dem Testamente mit Vorbehalt des Pflichttheils auszuschlagen (§. 808 i. f.).[10]) Der Notherbe wird dies insbesondere dann thun, wenn der ganze ihm hinterlassene Erbtheil gesetzwidrig belastet ist; doch steht es ihm auch in diesem Falle frei, die Erbschaft aus dem Testamente mit Vorbehalt des Bestreitungsrechtes der auf den Pflichttheil gelegten Beschränkung anzutreten (§. 774).[11]) Nicht minder ist es dem testamentarischen Erben unbenommen, die Erbschaft aus dem Testament

---

4) Unger §. 36.

5) Z. B. sich nicht auf den Erbvertrag zu berufen, sondern sich nur aus dem Testament erbszuerklären.

6) Selbstverständlich ist dabei an ein giltiges Testament zu denken: Entsch. G.-Z. 1856 Nr. 30 [= Samml. I. Nr. 118]. Die Erbsentschlagung aus einem nichtigen Testament und der Antritt ab intestato steht dem Intestaterben unbedingt frei; so insbesondere auch, wenn er das Testament in der Erbserkärung als unecht und ungiltig bezeichnet, ohne noch Beweise der Ungiltigkeit beizubringen; die Frage, ob diese Erbserklärung zulässig ist, kann nicht im Wege des Recurses gegen deren Annahme, sondern nur im Rechtswege ausgetragen werden: Entsch. G.-Z. 1872 Nr. 61 [= Sammlung X. Nr. 4505].

7) Ueber den Grund dieser Bestimmung vgl. Unger §. 37 Anm. 6.

8) Vgl. oben Grdr. §. 502 Note 9.

9) Unger §. 37 Anm. 6.

10) Freilich keine wahre Ausnahme, da der Pflichttheil nach östr. R. kein Erbtheil, sondern eine auf der Verlassenschaft haftende Geldschuld ist.

11) Entsch. G.-Z. 1853 Nr. 111 u. 112; 119 u. 120 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 525, 524].

mit Vorbehalt seiner Bestreitung, oder der Bestreitung einer der Erbeinsetzung beigefügten Resolutivbedingung z. B. jener des §. 700 anzutreten. War ihm aber die Bestreitbarkeit bekannt, und tritt er gleichwohl vorbehaltlos an, so verliert er das Bestreitungsrecht.[12])

Da durch die Erbserklärung auch Verbindlichkeiten übernommen werden, so bedarf es zur Giltigkeit derselben der vollen Handlungsfähigkeit des sie im eigenen Namen Anbringenden.[13]) Wer aber über sein Vermögen frei verfügen darf, kann auch die ihm angefallene Erbschaft entweder unbedingt oder bedingt antreten, oder auch sie ganz ausschlagen. Wem dagegen die Eigenberechtigung fehlt, der bedarf hiezu der Intervention seines gesetzlichen Vertreters, welcher seinerseits zur bedingten Erbserklärung im Namen seines Pflegebefohlenen schon durch seine Stellung, zur unbedingten aber, sowie zur Ausschlagung nur durch eine specielle Genehmigung der Vormundschaftsbehörde ermächtigt wird (§§. 805, 233). Für abwesende und für verschollene Erben kann der für sie bestellte Curator die Erbschaft antreten[14]), für den Cridatar die Gläubigerschaft[15]), beide aber nur unter Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars.[16]) Auch der eigenberechtigte Erbe kann die Erbschaft durch einen Bevollmächtigten antreten; soll dieser aber zur unbedingten Antretung befugt sein, so bedarf er hiezu einer auf die specielle Erbschaft lautenden Vollmacht (§. 1008). Die auf unbedingte Erbantretung lautende Vollmacht legitimirt auch zur bedingten Antretung (§. 1009).

Die Frist, binnen welcher die Erbserklärung erfolgen soll, wird vom Abhandlungsgericht bestimmt, und sie kann aus erheblichen Gründen bis auf ein Jahr erweitert werden (Pat. v. 9. Aug. 1854 §§. 115, 118). Wird die ursprüngliche oder erweiterte Frist nicht eingehalten, so wird, vorbehaltlich der späteren Geltendmachung des Erbanspruchs, die Erbschaft den übrigen Erben eingeantwortet (§. 120 ebda).[17]) Auch der bedingt oder befristet eingesetzte Erbe kann die Erbschaft schon vor dem Eintritte der Bedingung oder des Termins antreten; ebenso der Substitut schon vor dem Eintritte des Substitutionsfalles.[18])

Die nächste Wirkung der Erbantretung besteht in der Unabänderlichkeit der Erbserklärung[19]); d. h. der Antretende kann, wenn das Abhandlungsgericht seinen Erbrechtstitel gegründet findet, die Folge seines Erbschaftserwerbes, wonach er Subject der vererbbaren erblasserischen Schulden und der sonstigen auf der Verlassenschaft haftenden Lasten wird, nicht mehr rückgängig machen, ja er muß sie im Falle unbedingter Erbs-

12) Entscheid. G.-Z. 1857 Nr. 109 [= Sammlung I. Nr. 327].

13) Unger §. 36.

14) Pat. v. 9. August 1854 §. 131, Unger §. 36, Anm. 5, 6.

15) C.-O. §. 4, Hofd. v. 8. Mai 1835 Nr. 19 J.-G.-S.

16) Pat. cit. §. 92, C.-O. §. 4.

17) Also trotz äußerlicher Aehnlichkeit eine von dem romanist. beneficium deliberandi völlig abweichende (Ueberlegungs-)Frist.

18) Selbstverständlich kommen einer solchen in voraus abgegebenen Erbserklärung nicht sofort die normalen Wirkungen einer Erbserklärung zu. — Vgl Unger §. 36 bes. Anm. 9.

19) Insofern ein ungenauer Ausdruck, als sie nicht nach allen Richtungen unabänderlich ist.

erklärung sofort übernehmen, indem die Erbserklärung unwiderruflich ist (§. 806). Wer sich unbedingt erbserklärt hat, kann seine Erklärung auch nicht mehr in eine bedingte umwandeln, d. h. er kann das benefic. inventarii nicht mehr ansprechen (§. 806), weil die Gläubiger und Legatare des Nachlasses bereits ein unbedingtes Befriedigungsrecht erlangt haben. Dem bedingt erbserklärten Erben ist es dagegen unbenommen, seine Erbserklärung selbst nach aufgenommenem Inventar in eine unbedingte zu verwandeln.[20]) Ebenso steht — abgesehen von dem oben erörterten Falle des §. 808 — der Aenderung des Erbrechtstitels nichts im Wege. Wurde das Testament, aus dem sich der in demselben bedachte Intestaterbe erbserklärt hat, umgestoßen, so kann er sich noch aus dem Gesetze erbserklären; so insbesondere, wenn er sich über den Mangel der wesentlichen Förmlichkeiten, an welchem der letzte Wille litt, im Irrthum befand[21]); ebenso kann derjenige, der sich ab intestato erbserklärt hat, wenn er aus dem früher mißverstandenen Testamente nunmehr ersieht, daß er in demselben testamentarisch eingesetzt ist, seine Erbserklärung in eine Antretung aus dem letzten Willen umwandeln.[22])

Eine weitere Wirkung der Erbserklärung besteht darin, daß der Erbe ausschließlicher Repräsentant des Erblassers und damit activ und passiv Vertreter des Nachlaßvermögens wird (§. 547).[23]) Vor der Annahme hat die Verlassenschaft keinen Vertreter; es ist nicht einmal Jemand da, welcher berechtigt wäre, den bisherigen Besitz fortzusetzen und dem Nachlaßvermögen dessen Rechtswirkungen zu erhalten; darum greift die Fiction Platz, daß sich der Nachlaß noch im Besitze des Erblassers befinde (§. 547 i. f.). Handelt es sich jedoch um Geltendmachung von Ansprüchen im Namen der Verlassenschaft oder um sonstige Wahrung ihrer Rechte, und sind die Erben unbekannt oder zögern die bekannten Erben mit der Antretung, so muß zur Vertretung der Verlassenschaft ein Curator bestellt werden (Pat. v. 9. Aug. 1854 §§. 128, 131). Das Gleiche geschieht, wenn die Verlassenschaftsgläubiger ihre Befriedigung aus der Verlassenschaft erhalten wollen; sie sind nicht gehalten, wie nach röm. Recht, erst eine Erbserklärung abzuwarten, sondern können die Bestellung eines Nachlaßcurators verlangen, um gegen ihn ihre Forderungen anzubringen (§. 811). Dies Alles ändert sich mit der Erbsantretung; der Besitz wird nunmehr vom Erben im Namen des Erblassers fortgesetzt (arg. a contr. aus §. 547 i. f.). Die Aufstellung eines Curators für die Verlassenschaft ist, wenn es der Erbe nicht selbst verlangt (§. 690), nicht nur nicht mehr nothwendig, sondern geradezu unzulässig[24]), indem der Erbe der einzige berechtigte Vertreter des Nachlaßvermögens ist. War vor der Erbserklärung ein Nachlaßcurator aufgestellt worden, so

20) Vgl. Arndts im Rechtslex. IV. S. 8.

21) Entsch. G.-Z. 1856 Nr. 30, vgl. Entscheid. G.-Z. 1857 Nr. 143, 144 [= Sammlung I. Nr. 118].

22) Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 9 [= Sammlung VI. Nr. 2883].

23) Vgl. oben Ausf. §. 479 nach Note 27 und unten §. 511.

24) Entscheid. G.-Z. 1858 Nr. 38 [= Sammlung I. Nr. 461].

ist sein Amt im Augenblicke der angenommenen Erbserklärung erloschen, und eine Fortsetzung des damals begonnenen Rechtsstreites gegen ihn wäre ein Nullitätsgebrechen.[25]) Der erbserkärte Erbe vertritt nunmehr die Verlassenschaft als Kläger, wie als Beklagter; mehrere Erben repräsentiren sie gemeinschaftlich (§. 830); es repräsentirt sie aber auch Einer von ihnen, so lange sich die übrigen noch nicht erbserklärt haben. Ein Verwaltungsrecht nach Innen (Besorgungsrecht) liegt in dieser Repräsentanz nach Außen noch nicht; der erbserklärte Erbe kann es aber, und ebenso auch die Benutzung der Verlassenschaft, vom Gerichte verlangen (§. 810).[26]) Gleichwohl hat er auch in diesem Falle, da er das Eigenthum erst mit der Einantwortung erlangt, die Verlassenschaft — mit der einzigen Ausnahme, daß er mit ihren Einkünften frei verfügen darf — wie ein Vermögenscurator zu behandeln. Er darf also bei sonstiger Nichtigkeit des Geschäfts von der Verlassenschaft weder etwas veräußern, noch sie belasten, noch die Substanz derselben angreifen (Pat. v. 1854 §. 145); ein eigenmächtig veräußertes unbewegliches Gut würde nicht aufhören, Verlassenschaftsgut und damit Mittel der Befriedigung für die Nachlaßgläubiger zu sein.[27]) Solche Handlungen, insbesondere Veräußerungen, können vielmehr nur mit gerichtlicher Zustimmung erfolgen. Mehreren Miterben gebührt die Verwaltung und Fruchtnießung nach den Grundsätzen von der Gütergemeinschaft (§§. 833, 836) gemeinschaftlich.[28]) Ist jedoch die Verlassenschaft zu Gunsten eines Dritten mit dem Fruchtgenußrecht belastet, dann steht dem Erben zwar nach §. 547 das Vertretungs-, nicht aber nach §. 810 das Verwaltungsrecht derselben zu, sondern dieses ist, wie die Benützung, dem Fruchtnießer zuzuweisen (§§. 509, 513).[29])

Aus dem Inhalt des §. 550 (vgl. §. 807) ergeben sich drei hier hervorzuhebende Sätze:

1) daß die Erben bis zur Einantwortung nicht Personalschuldner sind, sondern daß[30]) die Nachlaßschulden nur auf der Nachlaßmasse haften[31]);

2) daß der Erbe mittlerweile nur Curator der Verlassenschaft (§. 690), nur Verwalter eines fremden Vermögens ist (§. 810) — woraus eben von selbst folgt (Satz 1), daß er nicht persönlich, sondern nur mit der Nachlaßmasse haftet;

---

25) Vgl. Hofd. v. 19. Jänner 1790 Nr. 1094 J.-G.-S. Entsch. G.-Z. 1870 Nr. 81 [= Sammlung VIII. Nr. 3821].

26) Nach dem Gesetze jedoch nur auf Ansuchen und nach erfolgter Nachweisung des Erbrechtes, welche nicht schon wesentlich mit der Erbserklärung verbunden sein muß (Pat. v. 9. Aug. 1854 §. 122). Die Praxis gewährt dieses Recht nicht selten durch stillschweigende Duldung seiner Ausübung.

27) Entscheid. G.-Z. 1861 Nr. 37 [= Sammlung III. Nr. 1236].

28) Entsch. G.-H. 1866 Nr. 22 [fehlt in den Sammlungen], die zugleich ausspricht, es müsse die Verwaltung von der Majorität nicht nothwendig einer fremden Person überlassen werden.

29) Entsch. G.-Z. 1858 Nr. 25, 1861 Nr. 45 [= Sammlung I. Nr. 464, III. Nr. 1211].

30) Nach dem hier vorübergehend auch im östr. R. zur Geltung gebrachten deutschrechtlichen Princip.

31) Unger §. 40 u. bes. Anm. 17.

3) Theilen die Miterben die Erbschaft vor der Einantwortung unter sich, so geht sie dadurch nicht in ihr Vermögen über; die Nachlaßgläubiger können daher ihre Befriedigung aus allen Bestandtheilen des Nachlasses begehren, und es besteht daher solidare Haftung für die Nachlaßschulden, wenn auch nur mit der Nachlaßmasse.[32])

§. 511. Erlangung der Erbschaft.

Nach östr. Recht, welches sich diesfalls theils durch fiscalische, theils durch Bevormundungsrücksichten leiten läßt, darf die Verlassenschaft vom Erben nicht eigenmächtig in Besitz genommen werden[1]); es nimmt sie zunächst das Gericht unter seine Obsorge[2]), untersucht die Erbsansprüche der Erbprätendenten und übergibt demjenigen, den es als den Berechtigten erkannt hat, die Erbschaft mittelst der sog. Einantwortung (§. 797). Die Reihe der vom Gerichte von Amtswegen vorzunehmenden Schritte, welche dem oben erwähnten Zwecke dienen, macht in ihrer Gesammtheit die sog. Verlassenschaftsabhandlung aus — ein durch besondere darüber bestehende Vorschriften (namentlich das Patent vom 9. Aug. 1854 R.-G.-Bl. Nr. 208) geregeltes Verfahren (§. 798).[3]) Um die Verlaßeinantwortung zu erlangen, muß der Erbe, nachdem er sich erbserklärt hat, insbesondere die ihm vom Erblasser auferlegten Verbindlichkeiten — mit Ausnahme jedoch der Legate (§. 817) — erfüllen oder deren Erfüllung sicherstellen, und die auf der Erbschaft haftenden Gebühren entrichten. Die sodann an ihn erfolgende Einantwortung gilt als Uebertragung des Besitzes und somit auch[4]) des Eigenthums der Erbschaftssachen an denselben (§§. 818, 819, 797). Nur rücksichtlich der unbeweglichen Güter bedarf es zu dem letzteren Zwecke noch der bücherlichen Umschreibung (§§. 819, 436).[5]) Rücksichtlich der Gegenstände, die sich bereits in der Innhabung des Erben befinden (§. 810), muß sonach die Einantwortung als traditio brevi manu, rücksichtlich der bei Gericht erliegenden als constitutum possessorium aufgefaßt werden; rücksichtlich der

---

32) Entsch. G.-Z. 1872 Nr. 55, 1873 Nr. 56 [Sammlung X. Nr. 4475, XI. Nr. 4842]: der einem der mehreren Erben vor der Einantwortung aufgetragene Hauptseid ist auch für und gegen die übrigen Miterben entscheidend.

1) Dieses Princip ist im östr. R. über ein Jahrhundert alt.

2) Wie weit das Gericht für die Interessen minderjähriger Erben, des Fiscus und anderer Theilnehmer, ja selbst jene der Gläubiger zu sorgen habe, ist hier nicht auszuführen.

3) Der Paragraph erklärt sich aus dem Gegensatz des westgal. G.-B., in welchem auch Vorschriften über Competenz der Behörden, Anlegung der Sperre, Errichtung des Inventars, Eröffnung und Kundmachung der Testamente, Vorrufung unbekannter Erben u. dgl. aufgenommen waren. Unger G.-Z. 1861 Nr. 154 [= Verl.-Abh. S. 104 fg.].

4) Nämlich wenn und soweit er der wahre Erbe ist. Vgl. den Text dieses Paragraphen gegen Ende.

5) Vgl. jedoch Pl.-Entsch. G.-Z. 1861 Nr. 141 [= Sammlung III. Nr. 1367], welche die Intabulation einer gegen die Erben vor ihrer Umschreibung ersiegten Prädialservitut zuläßt; Entsch. G.-H. 1866 Nr. 1 [= Sammlung V. Nr. 2699], welche der Anmerkung der Hypothekarklage gegen den Erben des Besitzers des Hypothekargutes vor seiner Umschreibung Wirksamkeit zuerkennt.

in fremdem Besitz befindlichen Erbschaftsstücke endlich hat die Einantwortung nur die Bedeutung der Einräumung der Eigenthumsklage. Von nun an erscheint der Erbe auch für seine Person als Subject der auf dem Nachlaß haftenden Schulden. Als mittlerweiliges Subject der Rechte und Verbindlichkeiten erschien die Verlassenschaft (hereditas jacens)[6]) und es dauert sonach dieser Zustand nach östr. Recht bis zur Einantwortung.[7]) Jedoch wirkt die Einantwortung, wie im röm. Recht die Erbantretung[8]), derartig auf den Zeitpunkt des Anfalls zurück, daß der Erbe schon von da an als Erbe zu betrachten ist.[9])

Die Einantwortung bildet für den Erben, dem eingeantwortet wurde, jedem gutgläubigen Dritten gegenüber eine vollständige Legitimation in Beziehung auf sein Erbrecht (§. 824); nur gegenüber demjenigen, der ein gleiches oder besseres Erbrecht zu haben behauptet, bildet sie keinen Beweis, und es steht dem Letzteren trotz der Einantwortung die Erbschaftsklage auf Herausgabe der Erbschaft zu (§. 823). Zeigt der Erfolg des Erbschaftsprocesses, daß derjenige, dem die Erbschaft eingeantwortet wurde, gar nicht oder doch nicht in dem vom Gerichte angenommenen Maße Erbe ist (Pseudoerbe), dann kann dieser Einantwortung nicht mehr die Bedeutung der Eigenthumsübertragung, wohl aber noch immer die der Besitzübertragung der Erbschaft beigelegt werden. Allerdings ist aber durch die an den Pseudoerben erfolgte Einantwortung auch der wahre Erbe nicht Eigenthümer geworden, da ja ihm die Erbschaft nicht übergeben worden war. Vielmehr erscheint hier der sonst nach östr. Recht nur bis zur Einantwortung fortdauernde Zustand der hereditas jacens perpetuirt und der Pseudoerbe nur als deren Vertreter. Der Erbschaftskläger macht somit in seiner Klage auch nicht sein Eigenthumsrecht, sondern nur seine Erbenqualität geltend und erreicht erst durch die im Wege der Klage und Execution erzwungene Tradition bezw. Intabulation den Eigenthumsübergang. Einer gerichtlichen Erbserklärung bedarf es zum Zwecke der Geltendmachung der Erbenqualität nicht, da eine solche nach abgeschlossenem Nachlaßabhandlungsverfahren nicht mehr zulässig ist (Pat.

---

6) Vgl. Ausf. I. S. 278 Note 28. II. §. 509 bei Note 23 f. Auch unter den Romanisten ist streitig, ob die hereditas jacens selbst als juristische Person oder ob als das wahre Subject der ruhenden Erbschaft der als fortlebend gedachte Erblasser anzusehen sei (vgl. Windscheid §. 531, Baron §. 389, Savigny I. S. 381 f., Puchta Pand. u. Vorl. §. 447 — f. Unger §. 7). Das östr. R. lehnt sich an den letzteren Gedanken an, vielleicht schon darum, weil unbewegliche Güter nach §§. 436, 444 so lange als Eigenthum des Erblassers angesehen werden müssen, bis der Erbe umschrieben wird, und um die Schwierigkeit einer doppelten Succession, deren Annahme sich sonst aufdrängt (einer Succession vom Erblasser an die Erbschaft und von dieser an den Erben), zu vermeiden.

7) Dies scheint ein sicherer Unterschied zwischen den Aufstellungen des röm. R. und des östr. G.-B. zu sein.

8) Vgl. Ihering Dogm. Jahrb. X. S. 409, 410, 414, der annimmt, es erlöschen die Rechte mit dem Tode unter Fortdauer ihrer passiven Wirkungen zu Gunsten des künftigen Erben, und so die Rückbeziehung erklärt.

9) Daher braucht er nur zur Zeit des Anfalls erbfähig zu sein, und erstreckt sich sein Recht auf die Früchte der Erbschaft ebensoweit zurück. Vgl. auch Unger §. 6 Anm. 4.

v. 9. Aug. 1854 Nr. 180); allein in diesem Stadium hat eben jede auf das Erbeseinwollen gerichtete Willensäußerung, insbesondere daher auch die Anstellung der Erbschaftsklage, die Bedeutung einer Erbantretung[10]); nur ihre Unwiderruflichkeit tritt hier wohl nicht ein, da man ja ohne Zweifel die Klage nach Belieben wieder fallen lassen kann.[11])

§. 513. Die Collationspflicht.

Unter der Collationspflicht versteht man die einem Miterben in gewissen Fällen obliegende Verbindlichkeit, sich Vermögenszuwendungen, die ihm aus einem anderen Titel, als jenem des Erbrechts, aus dem Vermögen des Erblassers zukamen, in seinen Erbtheil einrechnen zu lassen. Sie kann vorkommen sowohl bei der gesetzlichen, als auch bei der testamentarischen und vertragsmäßigen Erbfolge. Bei der vertragsmäßigen Erbfolge und bei der testamentarischen Erbfolge (insbesondere der Kinder) greift sie nur Platz, wenn und insoweit sie vom Erblasser ausdrücklich verfügt wurde (§. 790 pr.), und außerdem wird das von den Eltern den Töchtern vermachte Heirathsgut, wenn es nicht ausdrücklich als ein Prälegat erklärt wurde, in ihren testamentarischen Erbtheil eingerechnet (§. 671). Im Falle der gesetzlichen Erbfolge dagegen greift die Collationspflicht im Zweifel immer, jedoch nur für die Kinder (§. 790) und den Ehegatten (§. 758 i. f.), nicht auch für andere Intestaterben Platz. Was nämlich der Erblasser bei Lebzeiten seiner Tochter oder Enkelin zum Heirathsgute, seinem Sohne oder Enkel zur Ausstattung[1]) oder unmittelbar zum Antritt eines Amtes oder was immer für eines Gewerbes gegeben, oder zur Bezahlung der Schulden eines großjährigen Kindes verwendet hat, wird dem empfangenden Kinde bezw. wenn dieses vor dem Erblasser verstorben ist, dem an seine Stelle tretenden Descendenten verhältnißmäßig in seine Intestaterbportion eingerechnet (§§. 788, 790).[2]) Andere Zuwendungen, selbst Legate, werden nicht eingerechnet (§. 791), ausgenommen das vermachte Heirathsgut (§. 671). Die Collationspflicht kann vom Erblasser insoweit nachgesehen werden, als durch diese Begünstigung weder ein Pflichttheil verletzt (§. 774), noch der Erbtheil eines Kindes zum Nachtheile seiner noch nöthigen Erziehung und Versorgung geschmälert wird (§. 792). — Dem Ehegatten wird hingegen Alles eingerechnet, was er gemäß der Ehepacten, eines Erbvertrags oder einer letztwilligen Anordnung aus dem Vermögen des anderen Ehegatten

10) Vgl. Unger §. 36 Anm. 12.

11) Diesen Unterschied macht Unger nicht.

1) Entscheid. G.-Z. 1859 Nr. 137 [= Sammlung II. Nr. 661] will eine einer Tochter gegebene „Ausstattung" nicht als einen Theil des Heirathsguts behandelt wissen.

2) Ist das Heirathsgut aus dem eigenen Vermögen der Braut ausgesetzt worden, so wird es natürlich nicht eingerechnet. Ist es zweifelhaft, ob es aus dem Vermögen der Eltern oder aus dem der Tochter entnommen wurde, so wird nach den allgemeinen Regeln über die Beweislast Letzteres angenommen, es sei denn, daß das Heirathsgut während der Minderjährigkeit der Tochter ohne obervormundschaftliche Bewilligung ausbezahlt worden wäre (§. 1224). Das Nämliche gilt auch für die Ausstattung.

als wahre Vermögensvermehrung erhält (§. 758 i. f.).[3]) Nur begründet der durch Ehepacten zugewendete Fruchtgenuß auf den Ueberlebensfall keine Einrechnungspost, sondern es besteht in diesem Falle nur ein Wahlrecht zwischen dem Fruchtgenuß und dem „von dem Gesetze ausgemessenen Antheil" (§. 1258).

Die Anrechnung selbst erfolgt, wenn nur Kinder des Erblassers als Intestaterben concurriren, dadurch, daß vor Allem jedes Kind, bezw. bei der Concurrenz von Enkeln jeder Stamm, einen der Einrechnungspost gleichen Betrag aus der Verlassenschaft zugewiesen erhält. Der Rest wird sodann gleich getheilt; erübrigt aber ein solcher nicht, so ist das früher begünstigte Kind ganz außer Rechnung zu bringen, hat aber auch das zu viel Empfangene nicht zu erstatten (§. 793).[4]) Diese Anrechnungsart setzt jedoch wesentlich die Gleichartigkeit der Erbtheile unter einander und mit den Anrechnungsposten voraus; sie ist also allerdings unter der Voraussetzung, daß die Anrechnungspost in einem Capital, nicht in einer Rente besteht, auch auf den Fall des §. 758 mit der Modification anwendbar, daß die mit dem Ehegatten concurrirenden Intestaterben immer als drei an der Zahl gerechnet werden.[5]) Sind jedoch (§. 757) die Erbtheile qualitativ verschieden, daher die Voraussetzung einer vollständig gleichen Behandlung der Erben ausgeschlossen, oder handelt es sich (§. 757) um die Einrechnung eines Capitals in eine Rente (Fruchtgenuß), oder (§. 758) einer Rente in ein Capital, dann kann von der Regel des §. 793 kein Gebrauch gemacht werden. Hier wird, wenn die Anrechnungspost offenbar größer oder kleiner als der Erbtheil ist, nur die größere Post gefordert werden[6]); ist dies nicht offenbar, dann scheint Folgendes das Richtige zu sein: Das in den Fruchtgenuß des §. 757 z. B. von einem Erbtheile von 6000 fl. einzurechnende Capital, z. B. eine Widerlage von 4000 fl., kann sofort gefordert werden, der Fruchtgenuß des Erbtheils bleibt aber so lange unausgeübt, bis der Ertrag desselben der erhobenen Einrechnungspost[7]) nebst Interusurium gleichkommt. Wählt der Gatte hingegen gleich Anfangs den Fruchtgenuß, so hat er auf die Einrechnungspost vorläufig zu verzichten, weil er nur auf die letztere, nicht auch auf den ersteren einen unbedingten und unbeschränkten

---

3) Aus dem Titel der Ehepacten gehört hieher vor Allem die Widerlage und der Witwengehalt, ferner die noch unberichtigte Morgengabe, und nach Umständen (insbesondere im Falle des §. 1236) die Zuwendung aus der Gütergemeinschaft.

4) Aus dieser Regel erhellt, daß die Anrechnungsposten als Bestandtheile der Verlassenschaft anzusehen sind; dafür spricht auch der Ausdruck „conferiren" d. i. in die Verlassenschaft einlegen, und der Umstand, daß man durch Hinzuschlagen dieser Posten zur Verlassenschaft und Theilung der so gefundenen Gesammtsumme durch die Zahl der Erben zum gleichen Resultat gelangt. Im Falle des §. 793 i. f. dagegen sind allerdings diese Posten als gänzlich ausgeschieden aus der Verlassenschaft anzusehen.

5) Ender in Haimerl's Mag. XI. S. 382 fg.

6) Man denke z. B. an den Fall, daß einer jährlichen Rente von 100 fl. ein Capital von 6000 fl. gegenübersteht.

7) Die hier wie eine Anticipativerhebung mehrerer Fruchtgenußraten zu betrachten ist.

Anspruch hat.[8]) Das Nämliche gilt auch, wenn im Falle des §. 758 der Erbtheil statt der Einrechnungspost gewählt wurde; der den Erbtheil (z. B. also, wie oben, 6000 fl.) statt der Einrechnungspost (z. B. von jährlich 400 fl.) Wählende hat vorläufig auf die letztere zu verzichten; der Erbtheil ist jedoch als eine Anticipativzahlung mehrerer Raten der Anrechnungspost anzusehen, und der Fortgenuß der letzteren tritt in Wirksamkeit, sobald der Gesammtbetrag der Raten der Anrechnungspost dem Erbtheil mit Zuschlag des Interusuriums gleichkommt. Ist dagegen das Umgekehrte der Fall, indem z. B. statt des Erbtheils von 6000 fl. der Witwengehalt von jährlich 400 fl. gefordert wurde, so kann gleichzeitig nicht auch irgend ein Theil des Erbtheils verlangt werden, wohl aber ist der nach dem Tode der so wählenden Witwe unerschöpft verbliebene Theil dieses Erbtheils an ihre Erben auszubezahlen.[9])

Ueber die Frage, welcher Werthbetrag bei der Conferirung im Falle schwankender Werthverhältnisse in Rechnung zu bringen sei, gelten folgende Regeln: Bestand das Empfangene in barem Gelde, so wird die Summe desselben ohne Zuschlag der seitherigen Zinsen in Rechnung genommen (arg. §. 793 verb.: „des Empfangenen")[10]), und im Falle einer mittlerweiligen Münzveränderung die Grundsätze der §§. 987, 988 berücksichtigt. Bestand das Empfangene in unbeweglichen Sachen, so ist (aus dem gleichen Grunde) ihr Werth zur Zeit des Empfanges in Anschlag zu bringen. Bestand es endlich in beweglichen Sachen, so gilt der (schwerlich ganz zu rechtfertigende) Rechtssatz, daß deren Werth — vorausgesetzt, daß sie noch bestehen[11]) — nach dem Zeitpunkte des Erbanfalls in Rechnung zu bringen ist (§. 974).[12])

---

8) Immerhin kann aber nach seinem Tode der durch den Gesammtbetrag des Fruchtgenusses noch unerschöpft gebliebene Theil der Einrechnungspost von seinen Erben angesprochen werden.

9) Von den östr. Schriftstellern wird diese Frage außerordentlich verschieden beurtheilt. Bald wird auch hier der §. 793 unbedingt angewendet (Damianitsch im Jurist VI. S. 440, Ender im Mag. XI. S. 382 fg.), bald die Schätzung der Rente nach Art der Capitalisirung einer Leibrente vorgeschlagen (Nippel V. S. 46, Pann G.-Z. 1859 Nr. 59, 60), bald eine der im Text angegebenen mehr oder weniger nahekommende Einrechnungsart gebilligt (Winiwarter III. S. 316, Ellinger ad §. 758).

10) Zeiller ad §. 794 Nr. 1. Daraus folgt, daß, wenn einer Tochter als Heirathsgut nur der Fruchtgenuß eines Capitals eingeräumt wurde, gar nichts einzurechnen ist.

11) Diese Ausnahme wird allgemein gemacht. S. z. B. Zeiller a. a. O. Nr. 3, Stubenrauch II. S. 755. — Sind die Mobilien zur Zeit des Erbanfalls nicht mehr vorhanden, z. B. längst verkauft, so ist ihr Werth nach dem Zeitpunkte des Empfangs in Rechnung zu bringen: Entsch. G.-Z. 1872 Nr. 25 [= Sammlung IX. Nr. 4222].

12) Zeiller gibt als Grund dieser Behandlung an, sie sei eine Begünstigung des Notherben, dem eben der mittlerweilige Gebrauch und die damit in Zusammenhang stehende Verschlimmerung der Sachen nicht angerechnet werden solle — insofern gewiß consequent, als dieser Gebrauch die mittlerweiligen Früchte repräsentirt, die ja nicht angerechnet werden, und als die bewegliche Sache auch dann, wenn sie noch wirklich in der Verlassenschaft wäre, wahrscheinlich nicht weniger entwerthet wäre. Nur darf nicht übersehen werden, daß diese Behandlung auch zu Un-

§. 515. Modification der Haftung des Erben durch die Rechtswohlthat des Inventars.

Man versteht darunter die mit der auf Verlangen des Erben vorgenommenen Inventirung des Activ- und Passivstandes der Verlassenschaft verbundene Rechtswohlthat, daß der Erbe für die Nachlaßpassiven nur nach den Kräften der Nachlaßmasse haftet. Diese Inventirung zu verlangen, steht jedem Erben, und steht ihm selbst dann frei, wenn sie ihm letztwillig verboten worden wäre, oder wenn er darauf im Erbvertrage verzichtet haben sollte (§§. 805, 803); für pflegebefohlene Erben muß sie sogar verlangt werden, indem ihre Vertreter die angefallene Erbschaft nur mit Zustimmung der Vormundschafts- oder Curatelsbehörde unbedingt antreten können (§§. 805, 233). Das Inventarisirungsbegehren muß immer mit der Erbserklärung zugleich eingebracht werden (§. 800); ein später eingebrachtes darf nicht berücksichtigt werden (§. 806).

Auf das ordnungsmäßig eingebrachte Begehren ist das Gericht verpflichtet, das Inventar auf Kosten des Nachlasses aufzunehmen (§. 802 pr.). Für den Erben erwachsen daraus folgende Begünstigungen:

1) daß er den Erbschaftsgläubigern und den Legataren[1]) nur nach den Kräften der Nachlaßmasse haftet (§. 802)[2]), während bei unbedingter Erbserklärung seine volle Haftung eintritt (§. 801);

2) daß hinsichtlich seiner eigenen Forderungen an den Nachlaß keine Confusion eintritt (§. 802), und

3) daß beim Vorhandensein mehrerer Miterben die Haftung des Beneficiarerben nach der Einantwortung keine solidarische, sondern nur nach seinem Erbschaftsantheil bemessene (eine Haftung pro rata) ist (§. 821).

Treten von mehreren Miterben die Einen die Erbschaft bedingt, die Anderen unbedingt an, so ist das Inventar gleichfalls aufzunehmen; in

---

gunsten des Notherben ausschlagen kann, wie z. B. wenn das Gegebene in Werthpapieren bestand, die mittlerweile im Curse gestiegen sind.

1) Entsch. G.-H. 1868 Nr. 85, G.-Z. 1874 Nr. 14 [= Sammlung VI. Nr. 3120, Riehl II. S. 825]: Nicht der Gläubiger oder der Legatar muß die Zulänglichkeit, sondern der Erbe muß die Unzulänglichkeit der Nachlaßmasse beweisen.

2) Bestritten ist die Frage, ob der Vorbehaltserbe nach der Einantwortung nur mit dem Schätzwerthe der Verlassenschaft hafte, oder ob den Gläubigern auch der allfällige den Schätzwerth übersteigende Erlös zu Gute komme. Unger §. 42 Anm. 8 spricht sich (gegen seine eigenen älteren Ausführungen in Verl.-Abh. S. 161—165) für die letztere Meinung aus, indem der Nachlaß auch nach der Einantwortung eine gesonderte Existenz führe und den ausschließlichen Befriedigungsfond für die Gläubiger bilde. Dagegen läßt Entsch. G.-Z. 1866 Nr. 60 [= Sammlung V. Nr. 2310] dem Gläubiger den Vortheil aus dem Mehrerlös nur unter der Voraussetzung zu Statten kommen, daß er die Befriedigung noch vor der Einantwortung bewirkt hat; nach der Einantwortung gehe die Verlassenschaft in dem Vermögen des Erben auf, wie sie in dasselbe übergegangen sei, und es hafte daher der Erbe weiterhin nur mit dem inventarischen Schätzwerthe derselben. Dies dürfte wohl auch das Richtige sein. (Der Einsender des Falles bekennt sich zu Unger's Auffassung). Vgl. auch Entsch. G.-Z. 1874 Nr. 14 (Note 1).

diesem Falle genießen — wegen der bis zur Einantwortung vollkommen aufrecht erhaltenen Trennung der Verlassenschaft von dem Vermögen der Erben — bis zum gedachten Zeitpunkte auch die unbedingt erbserklärten Erben die Rechtswohlthat des Inventars, d. i. sie haften bis dahin mit dem eigenen Vermögen nicht, und es tritt auch rücksichtlich ihrer eine Confusion nicht ein (§. 807); nach der Einantwortung treten aber rücksichtlich ihrer die gewöhnlichen Wirkungen der unbedingten Erbserklärung ein (§. 820).

Um zu einer genauen Kenntniß sämmtlicher Nachlaßpassiven zu gelangen und danach beurtheilen zu können, ob mit deren unbedingter Berichtigung vorzugehen oder wegen Unzulänglichkeit der Verlaßmasse behufs der cridamäßigen Vertheilung die Eröffnung des Concurses über die Masse zu veranlassen sei, gewährt das Gesetz dem Erben das Recht der sog. Gläubigerconvocation. Es werden nämlich auf Verlangen des Erben (oder des allfälligen Verlaßcurators) vom Gerichte sämmtliche Verlassenschaftsgläubiger durch ein Edict aufgefordert, ihre Forderungen binnen einer bestimmten Frist anzumelden und darzuthun, mit dem Bemerken, daß die sich nicht Meldenden, insofern ihnen nicht ein Pfandrecht gebührt, an die Verlassenschaft, wenn sie durch die Bezahlung der angemeldeten Forderungen erschöpft werden sollte, keinen Anspruch mehr haben würden (§§. 813, 814).[3]) Um diesen Zweck zu erreichen, ist der die Convocation ansuchende Erbe berechtigt, bis nach verstrichener Frist mit der Befriedigung der Gläubiger[4]) innezuhalten (§. 813).[5]) Wird von dem bedingt erbserklärten Erben diese Vorsicht nicht beobachtet, sondern ohne Rücksicht auf die übrigen Gläubiger mit der Befriedigung der sich Meldenden vorgegangen, so hat dies für den Fall, als nach Erschöpfung der Verlaßmasse noch unbefriedigte Gläubiger übrig bleiben, die Wirkung, daß der Erbe ihnen ungeachtet seiner bedingten Erbserklärung

---

3) Auch diejenigen Verlassenschaftsgläubiger, welche ihre Forderungen vor Ablauf des Convocationstermins außergerichtlich angemeldet haben, dürfen bei der sodann erfolgenden Befriedigung der Gläubiger durch den Erben nicht unberücksichtigt bleiben, widrigens er ihnen mit seinem eigenen Vermögen haftet: Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 64 [= Sammlung VII. Nr. 3404].

4) Entsch. G.-Z. 1867 Nr. 75, Pl.-Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 93, Entsch. G.-Z. 1871 Nr. 56, Jud.-B. Nr. 20 (G.-Z. 1872 Nr. 72) [= Sammlung VI. Nr. 2798, VII. Nr. 3409 IX. Nr. 4070, II. Nr. 957] nehmen an, daß die Convocation der Gläubiger die mittlerweilige executive Pfändung von Verlassenschaftsstücken nicht hindere, da die §§. 813—815 ihre „Wirkung nur dann äußern, wenn der Erbe oder Verlassenschaftscurator die außergerichtlich sich meldenden Gläubiger befriedigen wollte, nicht aber auch dann, wenn die Gläubiger im Executionswege ihre Befriedigung suchen“. Dagegen H. in G.-Z. 1872 Nr. 5. — Das Richtige wird sein, daß zwar geklagt werden kann, die Urtheilsfrist aber nicht vor jener des §. 813 ablaufen darf.

5) Entsch. G.-Z. 1862 Nr. 70 [= Sammlung III. Nr. 1442]: Ergibt die Gläubigerconvocation den cridarischen Stand der Masse, so ist der Erbe verpflichtet, um die Eröffnung des Concurses anzusuchen, widrigens jeder Gläubiger das Recht hat, aus der Masse seine volle Befriedigung so lange zu verlangen als dieselbe nicht erschöpft ist.

mit dem eigenen Vermögen insoweit haftet, als sie im Falle der Concurseröffnung[6]) cridamäßig befriedigt worden wären (§. 815).

Das Recht der Gläubigerconvocation steht zwar auch dem unbedingt erbserklärten Erben zu, bringt ihm aber naturgemäß keinen Vortheil.[7])

§. 516. Modification der Haftung des Erben durch das Recht der Gütersonderung.

Den Erbschaftsgläubigern haftet vor der Einantwortung die Nachlaßmasse und zwar mit dem Rechte des Vorzugs vor den Gläubigern des Erben; regelmäßig ist für die Wahrung der Interessen der Erbschaftsgläubiger schon durch die Einrichtung hinreichend gesorgt, daß der Nachlaß bis zur Einantwortung als eine abgesonderte, von dem eigenen Vermögen des Erben juristisch verschiedenen Masse angesehen wird (oben §. 509 a. E.). Allein diese innere (juristische) Sonderung ist nicht immer auch eine äußere (factische). Dies trifft namentlich zu, wenn sich der Erbe unbedingt erbserklärt hat, wo sehr leicht jeder Beweis darüber fehlen kann, was zur Nachlaßmasse und was zum eigenen Vermögen des Erben gehört; aber auch bei bedingter Erbserklärung ist, wenn dem Erben die Besorgung und Benutzung des Nachlasses überlassen wurde (§. 810), die Gefahr einer factischen Vermengung des Nachlaß- und des Erbenvermögens vorhanden. Um dieser vorzubeugen, räumt das Gesetz nach dem Vorbilde des röm. Rechts den Erbschaftsgläubigern das Recht ein, auch die factische Sonderung des Nachlaßvermögens von jenem des Erben zu verlangen (beneficium separationis). Die Forderungen der Gläubiger brauchen nicht liquid zu sein[1]), auch bedarf es zur Begründung des Begehrens keines Nachweises einer Gefahr.[2]) Ausgeführt wird diese Sonderung da-

6) Nach dem Vorgange Zlobitzky's (Ztschr. für östr. Rechtsgel. 1841 II. S. 23 fg.) behaupten die meisten östr. Juristen (jetzt auch Randa Erwerb der Erbschaft S. 118 fg. und Kirchstetter ad §. 813—815), es müsse im Falle der Insolvenz des Nachlasses die Concurseröffnung über denselben angesucht werden. Dagegen Unger §. 42 Anm. 17 vgl. §. 40 Anm. 14, der diese Ansicht für unvereinbar hält mit dem Zwecke des erbschaftlichen Liquidationsverfahrens, und Zródłowski G.-Z. 1869 Nr. 59, der zu beweisen sucht, daß nach dem Wortlaute des §. 815 der Erbe wohl berechtigt, aber nicht verpflichtet sei, die Concurseröffnung anzusuchen, allerdings aber auch berechtigt sei, die cridamäßige Vertheilung selbst vorzunehmen.

7) Oder doch höchstens den Vortheil, nun bei dem auch ihm zustehenden Moratorium zu ersehen, ob er die ihm auferlegten Specieslegate ohne Abzug abführen kann, oder die Legatare auf das Zuwarten anweisen soll.

1) Entsch. G.-Z. 1874 Nr. 11 [= Sammlung XI. Nr. 5107].

2) Entsch. G.-Z. 1863 Nr. 9, G.-H. 1858 Nr. 44, 1864 Nr. 40, 1866 Nr. 78, 1871 Nr. 33, G.-Z. 1872 Nr. 58 [= Sammlung IV. Nr. 1605, II. Nr. 617, IV. Nr. 1739, V. Nr. 2454, IX. Nr. 4074. X. Nr. 4630]; dagegen Entsch. G.-H. 1863 Nr. 4. G.-Z. 1866 Nr. 24 [= Sammlung IV. Nr. 1557, V. Nr. 2337]. Nach Pl.-Entsch. G.-H. 1870 Nr. 39 [= Sammlung VIII. Nr. 3683] soll über das Separationsansuchen vorläufig eine Tagsatzung mit dem Erben angeordnet werden, weil eine in die Rechte desselben so tiefeingreifende Maßregel nicht verfügt werden soll, ohne ihm die Gelegenheit offen zu lassen, die Sicherstellung des Separationswerbers auf andere Weise zu bewerkstelligen.

durch, daß der Nachlaß, wenn er dazu geeignet ist, bis zur Befriedigung der Gläubiger gerichtlich verwahrt, sonst aber unter die Verwaltung eines Curators gestellt wird.[3]) Doch kann das Verlangen um Gütersonderung nur vor der Einantwortung angebracht werden; ist diese einmal geschehen, so hat auch die juristische Sonderung des Nachlasses und des Erbenvermögens aufgehört (§. 812).

Die Wirkung der Gütersonderung besteht darin, daß das Nachlaßvermögen auch noch nach der Einantwortung von dem Vermögen des Erben gesondert bleibt.[4]) Dagegen bleibt es aber auch fortan das ausschließliche Object der Befriedigung für den die Sonderung erwirkenden Gläubiger, so daß ihm selbst der unbedingt erbserklärte Erbe mit dem eigenen Vermögen nicht haftet (§. 812).

Diese Rechtswohlthat wird den Gläubigern nur auf ihr Ansuchen ertheilt. Ueberhaupt hat das Gericht nicht mehr (wie nach dem älteren östr. Recht)[5]) von Amtswegen für deren Sicherstellung oder Befriedigung zu sorgen (§. 811); und auch auf ihr Verlangen wird ihnen in dieser Beziehung nur soweit Rechtshilfe geleistet, als sie auch gegen den Erblasser selbst, wenn er noch am Leben wäre, gewährt werden müßte.

§. 519. Allgemeine Regeln über das Object der Zahlung von Legaten.

Dem Legatar gebührt dasjenige, was ihm letztwillig zugedacht worden ist. Er muß sich daher, so lange die Verlassenschaft zur Bezahlung aller Legate zureicht, keinen Abzug gefallen lassen, sollte auch für den Erben nichts erübrigen.[1]) Wohl aber hat der Erbe in allen Fällen den Ersatzanspruch für Mühe und Aufwand, und es bleibt ihm auch unbenommen, zur Vermeidung eines solchen die Verlassenschaft durch einen gerichtlich aufgestellten Curator administriren zu lassen (§. 690).

Unter Umständen erleidet jedoch das dem Legatar gebührende Object eine quantitative oder qualitative Modification; das erstere kann einerseits eintreten durch das periculum und commodum, welches den Legatar bei dem Vermächtniß eines „einzelnen Verlassenschaftsstückes" (legatum speciei)[2]), nicht auch bei anderen Vermächtnissen[3]), seit dem

3) Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 64 [= Sammlung VI. Nr. 3023]: Der Separationscurator kann dem Erben die Benutzung der zur Verlassenschaft gehörenden Wohnung des Erblassers nicht aufkündigen.

4) Entsch. G.-Z. 1865 Nr. 86 [= Sammlung IV. Nr. 1531]. Daraus folgt auch, daß die Erlöschung der Forderungen des Erben gegen den Nachlaß durch Confusion hier ausgeschlossen ist (§. 1445).

5) J. V. Instruct. v. 30. Dec. 1760 §§. 20, 21. Unger G.-Z. 1861 Nr. 152, 153 [= Verlass.-Abh. S. 85 fg.].

1) Anders nach röm. R., welches dem Erben gestattet, die falcidische Quart abzuziehen.

2) Genauer: bei jedem legatum speciei, auch wenn eine dem Erben oder Legatar gehörige Sache (§. 662 pr.), die somit kein Verlassenschaftsstück ist, den Gegenstand des Legats bildet.

3) Insbesondere kann der Legatar, dem eine Geldsumme hinterlassen ist, nicht etwa die Zinsen derselben vom Todestage des Erblassers in Anspruch nehmen. Eine Ausnahme machen jedoch fromme Vermächtnisse und kleine Belohnungen des Dienstgesindes, von welchen wegen §. 1334 allerdings die

Tode des Erblassers trifft, bezw. ihm gebührt (§. 686)[4]) — andererseits durch den Abzug, den sich der Legatar gefallen lassen muß, wenn die Verlassenschaft zur Bezahlung der Schulden, anderen pflichtmäßigen Auslagen und zur Befriedigung aller Legatare nicht ausreicht (§. 692). Die Forderungen der Verlassenschaftsgläubiger und der Notherben gehen denen der Legatare unter allen Umständen vor (§§. 783—786); wenn das nach ihrer Bezahlung Erübrigende zur Berichtigung der Legate nicht ausreicht und der Erbe sich bedingt erbserklärt hat (§. 802), so wird das Legat des Unterhalts, und zwar vom Erbanfalle an, vor allen anderen entrichtet (§. 691)[5]), die übrigen Legatare aber verhältnißmäßig befriedigt (§. 692)[6]); eben darum ist der bedingt erbserklärte Erbe, so lange die begründete Besorgniß der Unzulänglichkeit der Erbschaft obwaltet, die Vermächtnisse nur gegen Sicherstellung des etwa zurück zu erstattenden Mehrbetrags abzuführen schuldig (§. 692 i. f.). Hat er diese Vorsicht verabsäumt und ergibt sich sodann, daß die Legatare wirklich mehr erhalten haben, als ihnen nach dem Stande der Nachlaßmasse gebührt, so kann das zu viel Erhaltene nach den Grundsätzen über das indebite solutum, also insoweit die Legatare mit dem Schaden der Nachlaßmasse bereichert erscheinen, zurückgefordert werden. Jeder einzelne Legatar hat hienach, wenn der Werth des Empfangenen bekannt und das

---

Zinsen seit dem Todestage gebühren (Hofd. v. 13. März 1822 Nr. 1880 J.-G.-S.). Auch nach röm. R. sind Vermächtnisse zu milden Zwecken dadurch begünstigt, daß der Erbe auch ohne Mahnung in moram kommt, wenn er sie nicht binnen sechs Monaten berichtigt.

4) Beim legatum nominis gilt jedoch die Eigenthümlichkeit, daß die Forderung sammt den rückständigen Zinsen, ohne Rücksicht auf die Zeit, seit welcher sie rückständig sind, dem Legatar gebührt (§. 664, arg. §. 724). Ohne Zweifel kommt §. 664 auch bei dem Vermächtniß einer Reallast zur Anwendung.

5) Die viel besprochene Frage, was Rechtens sei, wenn der Nachlaß nicht einmal ausreicht, um aus seinen Einkünften die Unterhaltungskosten zu bestreiten, ist wohl dahin zu entscheiden, daß der unbedeckt bleibende Rest so lange aus dem Stammvermögen zu entnehmen ist, als ein solches existirt. Stubenrauch II. S. 517.

6) Die gleichfalls sehr streitige Frage, wie der Abzug zu erfolgen habe, wenn ein Fruchtgenuß- oder Rentenlegat concurrirt, ist dahin zu entscheiden, daß vor Allem der Erbe aus dem ihm bleibenden Reste der Masse die jährliche Rente und zwar insoweit die Zinsen der ihm bleibenden Masse nicht ausreichen, aus dem Capitale, bis dieses erschöpft ist, vollständig zu entrichten hat; erst hierauf sind die Legatare verhältnißmäßig die erst jetzt sich mindernde Jahresrente zu entrichten schuldig, und zwar an den Erben (§. 693), daher dieser gleich bei der Auszahlung die Vorsicht des §. 692 i. f. beobachten muß. Ebenso ist auch das Legat des Fruchtgenusses einer bestimmten Sache zu behandeln; der Fruchtgenuß wird in eine fixe Rente verwandelt, und das Fruchtgenußobject bildet den Fond, aus welchem nebst Zinsen der unbedeckt bleibende Rest der Rente successive entnommen wird. — Die weitere Streitfrage (vgl. Menzel Jurist VIII. S. 143, Würth ebda. III. S. 453, Wildner ebda. IV. S. 182, Stubenrauch II. S. 517—521), ob die Legatare, wo der Schätzwerth der Verlassenschaft nicht hinreicht, ihre Ansprüche zu befriedigen, das Recht haben, die Feilbietung der Verlassenschaft zu verlangen, ist verneinend zu beantworten; hier handelt es sich nämlich nicht um Einbringung der Legatsforderung, sondern nur um deren Bestimmung, und in dieser Beziehung ist das Inventar nach allen Seiten maßgebend.

Legat theilbar ist[7]), den zu viel erhaltenen Betrag sammt den davon gezogenen Zinsen einfach zurückzustellen. Wo diese Voraussetzungen so nicht vorliegen, hat er seinen Beitrag nach dem Werthe zu leisten, den die Sache zur Zeit des Empfanges hatte, und nach dem Werthe der davon gezogenen Nutzungen[8]); da aber das Legat seither an Werth so viel verloren haben kann, daß es nicht einmal die Höhe dieses Beitrags erreicht, und er doch nur das zu restituiren hat, worum er bereichert erscheint, so steht es ihm auch frei, das Object des Legates sammt den bezogenen Nutzungen in natura zu restituiren. Die Verschlimmerungen, die die Sache erfahren hat, werden ihm, da er als redlicher Besitzer zu behandeln ist, nicht angerechnet, also auch nicht der zufällige Untergang des Objects (§. 1447); hat er umgekehrt das Object aus Eigenem verbessert, und wäre dasselbe, weil die Nachlaßmasse nach ihrem nun klar gestellten Stande nicht einmal die Bezahlung aller Nachlaßschulden und der Pflichttheilsansprüche zu prästiren vermag, im Ganzen zu restituiren, so steht es ihm auch frei, gerade nur den Werth, den das Object zur Zeit des Empfanges hatte, sammt den nach diesem Werthe bemessenen Nutzungen zurückzugeben. Restituirt er das Legat in natura, so werden ihm die Verbesserungen ebenfalls wie einem redlichen Besitzer vergütet (§. 693).

Hat der Erbe dagegen die Vorsicht des §. 692 i. f. bei der Auszahlung der Vermächtnisse beobachtet, so kann er ohne diese Unterscheidungen immer die Rückzahlung desjenigen verlangen, um was die Nachlaßmasse durch die volle Auszahlung verkürzt erscheint.

Alles dieses gilt jedoch nur, wenn sich der Erbe bedingt erbserklärt hat; hat er die Erbschaft ohne die Rechtswohlthat des Inventars angetreten, so haftet er den Legataren für die volle Legatsforderung (§. 801).

Das Rückforderungsrecht steht übrigens nur dem Erben, nicht auch den Erbschaftsgläubigern[9]) und den Notherben zu.

Zum Andern gibt es Fälle, in welchen sich das ursprüngliche Object des Legats qualitativ ändert.[10]) Als solche sind hier[11]) anzuführen:

1) der Fall, wenn sowohl der onerirte Legatar, als auch derjenige, dem sohin das onerirte Legat zufällt, das letztere ausschlägt; hier erhält der Sublegatar statt des Sublegats das onerirte Legat selbst (§. 650);

2) der Fall, wenn der Legatar die vermachte Sache nach errichtetem Legat entgeltlich an sich gebracht hat; er erhält nur den ordentlichen Werth bezahlt (§. 661);

3) der Fall, wenn der Erblasser den Ankauf einer fremden Sache für den Legatar anordnet, der Eigenthümer dieselbe aber um den Schätzungs-

---

7) So insbesondere bei Geld- und Forderungslegaten.

8) Diese Werthe würden nämlich zur Grundlage des Abzugs gedient haben, wenn dessen Nothwendigkeit rechtzeitig bekannt gewesen wäre.

9) Entsch. G.-Z. 1862 Nr. 118 [= Sammlung III. Nr. 1253]. Haben sie die Klage nach §. 953 b. G.-B.?

10) Sog. Surrogirung. Unger §. 67, Anm. 6, 7.

11) Neben den aus dem Obligationenrecht (s. oben §. 338 fg.) bekannten: Münzveränderung, Mora, Verschulden u. s. w. Vgl. auch §. 725 b. G.-B.

werth nicht ablassen will; auch hier erhält der Legatar den Schätzungspreis (§. 662 i. f.); ebenso auch

4) wenn der Legatar für seine Person unfähig ist, die ihm vermachte Sache zu besitzen (§. 654).

§. 525. Anwendbarkeit der Grundsätze von Legaten auf fideicommissarische Substitutionen.

Auch darin ist ein Legat enthalten, wenn die letztwillige Anordnung den Erben oder einen Legatar verpflichtet, für den Fall des Eintrittes einer Suspensivbedingung einem Dritten Einzelnes aus der Verlassenschaft oder auch aus eigenem Vermögen zuzuwenden (§. 684 pr.). Es tritt in diesem Falle zwischen dem Onerirten und dem so bedachten Legatar das nämliche Rechtsverhältniß ein, wie zwischen dem Fiduciar- und dem Fideicommissarerben (§§. 707, 652).[1] Der Unterschied zwischen unserem und den übrigen Legatsfällen besteht nur in der Hinausschiebung des Anfallstages (§§. 684, 703) und der daraus für den Onerirten hervorgehenden Berechtigung zum mittlerweiligen Genuß des Legates (§§. 707, 652, 613); ist der Anfallstag gekommen, so verschwindet regelmäßig[2]) auch dieser Unterschied.

Die gleiche Behandlung erfährt auch der Fall, wenn für den Erben oder Legatar das Recht auf eine einzelne Sache an eine Resolutivbedingung geknüpft ist (§§. 708, 709); nur wird hier für Denjenigen, an welchen die Sache weiter gelangt, der Anfall regelmäßig[3]) zugleich ein ipso jure eintretender Rückfall des Eigenthums sein.

Es ist daher einleuchtend, daß die vom Legat geltenden Grundsätze im Allgemeinen auch für das Universalvermächtniß d. h. für das Verhältniß zwischen dem Fideicommissar- und Fiduciarerben maßgebend sind. Der letztere erscheint als Schuldner des ersteren. Die Erbschaft gelangt vorläufig in das alleinige Eigenthum des Fiduciars; dem Fideicommissar fällt sie, da jede fideicommissarische Substitution sogar die Zeitbestimmung[4]) in eine Bedingung (dies incertus an) verwandelt (§§. 615, 688)[5]), erst

---

1) Daher die Gleichbehandlung der Legate und Fideicommisse im röm. R.

2) Eine Ausnahme gilt, wenn beim Eintritt der Suspensivbedingung die Sache an den Geber oder seinen Erben zurückfällt, denn hier begründet ihr Eintritt nicht blos eine Verbindlichkeit zur Tradition (§. 684 i. f.), sondern eine Auflösung des Erwerbes, also Eigenthumsübergang ipso jure — ein weiterer Unterschied gegenüber gewöhnlichen Vermächtnissen.

3) Das Legat fällt hier ipso jure an den Erben zurück (§. 708); hat es an einen Dritten zu fallen, so müßte noch die Tradition hinzutreten.

4) Wegen der Ungewißheit des Ueberlebens des Substituten.

5) Anders bei einer einfachen Erbeinsetzung unter einem terminus a quo oder ad quem. Hier ist es ganz gewiß, daß, wenn nicht der A, so doch wenigstens sein Erbe existiren werde, um die Erbschaft im Besitz zu nehmen; mit andern Worten hier liegt ein dies certus an vor, und damit ist §. 705 anwendbar. Bei Substitutionen ist aber wegen ihrer persönlichen Natur nur der Substitut, nicht auch sein Erbe berufen (§. 615); hier verbindet sich also mit einem gewiß eintretenden Ereigniß wesentlich auch ein ungewisses, das Ueberleben; daher

mit dem Eintritt des Substitutionsfalles an. Diesen muß der Fideicommissar erleben, um die Erbschaft transmittiren zu können, und muß bei dessen Eintritt erbfähig sein (§. 703). Streng genommen sollte demgemäß früher von seiner Erbserklärung nicht die Rede sein, und der Eintritt des Substitutionsfalles vielmehr die Nothwendigkeit einer neuen Verlaßabhandlung begründen. Allein da der Zulässigkeit einer eventuellen Erbserklärung vor dem bezeichneten Zeitpunkte kein gesetzliches Hinderniß entgegensteht, und der Zweck der Verlassenschaftsabhandlung schon bei ihrer ersten Vornahme vollständig erreicht wurde, so entfällt die Nothwendigkeit ihrer Wiederholung.[6]) Als vorläufig ausschließlicher Erbe ist der Fiduciar auch rücksichtlich aller Erbschaftsforderungen, Schulden und Legate der alleinige Repräsentant des Erblassers und der rechte Kläger und Beklagte, nur ist zur unbedingten Wirksamkeit für und gegen den Fideicommissar auch dessen Intervention nothwendig. Vor dem Eintritt des Substitutionsfalles kann der Fideicommissar zu keiner auf der Masse haftenden Zahlung verhalten werden. Auch gelten für die fideicommissarische Erbeinsetzung die für Legate gegebenen Interpretationsregeln der §§. 681 bis 683. Da der Fiduciar als Schuldner vom Fideicommissar in Anspruch genommen wird, so versteht es sich von selbst, daß der letztere den Umfang seines Anspruchs gegen den ersteren streng erweisen muß (§. 614). Dagegen genießt aber auch der Fideicommissar alle Schutzmittel des Legatars, namentlich das Recht auf Sicherstellung seines Anspruchs (Pat. v. 9. Aug. 1854 §§. 158, 161) und auf Inventirung des Nachlasses (ebda. §. 92 Nr. 3).

Das Verhältniß zwischen dem Fiduciar und dem Fideicommissar bietet aber auch Abweichungen von jenem zwischen dem Erben und Legatar. Der Fideicommissar ist Universalsuccessor, zwar nicht des Fiduciars, wohl aber des Erblassers. Sein Erbrecht fällt ihm beim Eintritt des Substitutionsfalles an, und geht dasselbe im gleichen Moment für den Fiduciar verloren. Damit tritt der Fideicommissar ipso jure in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers ein, ohne daß es erst noch einer Tradition an ihn bedürfte, und gleichmäßig verliert sie der Fiduciar, so daß er auch aller Nachlaßverbindlichkeiten ledig wird. Ist aber der Fiduciar nur zur Restitution eines aliquoten Theiles des Nachlasses verpflichtet, so steht er von da an mit dem Fideicommissar im Verhältniß eines Miterben. Danach ist auch die dem Fideicommissar zustehende Klage nicht eine persönliche, wie die des Legatars, sondern eine dingliche, und

sind alle Substitutionen bedingt, nicht betagt, und die Erbschaft fällt somit dem Substituten nie nach §. 705, sondern nach §. 703 an. Vgl. Savigny III. S. 208, 209, 224. Unger §. 20 Anm. 3 substituirt (arg. §. 608 verb. „angetretene") eine andere Bedingung, nämlich daß der Vorerbe die Erbschaft antrete; zu dieser Zeit falle dem Nacherben die Erbschaft an (§. 48 ebda). Vgl. oben §. 504.

6) Es wird also die Erbschaft mit derselben Einantwortung gleichzeitig dem Fiduciar und eventuell dem Fideicommissar eingeantwortet; darum verfügt Pat. v. 9. Aug. 1854 §. 174, daß in der Einantwortung auch der Substitut, welchem das Vermögen beim Eintritt des Substitutionsfalles übergeben werden soll, mit Bestimmtheit zu bezeichnen ist.

zwar gegen den Fiduciar die Erbschaftsklage, gegen einen Dritten die Eigenthumsklage (§. 823). Auch seine Erbserklärung ist gebunden an die Form des §. 799 und ist unwiderruflich (§. 806). Vor dem Eintritt des Substitutionsfalles ist der Fiduciar nicht wie ein sonstiger Erbe, unbeschränkter, sondern widerruflicher Eigenthümer der einzelnen Verlassenschaftsstücke, und kann sie daher nur zeitlich veräußern oder belasten (§§. 468, 527, 442); dagegen können aber auch die Gläubiger des Fideicommissars auf die Erbstücke erst nach eingetretenem Substitutionsfall greifen (§. 822).

§. 527. Rechtliche Natur des Notherbrechts.

Die Intestaterben können im Allgemeinen allerdings sowohl durch Testament, als durch Erbvertrag von der Erbschaft ausgeschlossen werden. Rücksichtlich der mit dem Erblasser in besonders nahem Verhältniß stehenden Intestaterben, nämlich rücksichtlich seiner Kinder und Eltern (§. 762) verhält es sich jedoch insofern anders, als ihnen zwar nicht ihr voller Intestaterbtheil, wohl aber ein aliquoter Theil desselben wenigstens im Schätzungswerthe regelmäßig nicht entzogen werden darf. Dieser Theil heißt ihr Pflichttheil, sie selbst werden in dieser Beziehung Notherben (§. 764), das ihnen zustehende Recht das Notherbenrecht genannt. Dasselbe charakterisirt sich als ein Forderungsrecht des Notherben auf Entrichtung des erwähnten Schätzungswerthes.

Dieser seiner Verpflichtung kann der Erblasser vor Allem dadurch Genüge leisten, daß er die Notherben auf den entsprechenden aliquoten Theil zu Erben einsetzt, oder dadurch, daß er ihnen ein ihrem Pflichttheilsanspruch gleichkommendes Legat zuwendet; da ihnen dergleichen letztwillige Zuwendungen jedenfalls in ihren Pflichttheil eingerechnet werden, so ist es auch gleichgiltig, ob er sie ausdrücklich als Pflichttheil bezeichnet hat oder nicht (§. 774). Naturgemäß muß aber eine solche Zuwendung, die den Pflichttheil nicht übersteigt, dem Notherben ganz frei bleiben; jede sie einschränkende Bedingung oder Belastung ist null und nichtig[1]); dagegen können sich solche Einschränkungen mit voller Wirksamkeit auf einen allfälligen Mehrbetrag der Zuwendung beziehen (§. 774).[2])

Wohl zu beachten aber ist Folgendes: Wenn der Erblasser in der

---

1) Dahin gehört auch eine den Pflichttheil belastende fideicommissarische Substitution: Entsch. G.-H. 1868 Nr. 69 [= Sammlung VI. Nr. 3012]. Wurde dem Notherben sein gesetzlicher Erbtheil, aber mit dem Fruchtgenuß zu Gunsten eines Dritten belastet hinterlassen, so kann er bezüglich des Pflichttheils den Fruchtgenuß bestreiten, ohne das Recht auf den übrigen Erbtheil zu verlieren: Entsch. G.-Z. 1853 Nr. 111 u. 112; 119 u. 120 (= Peitler 2. Aufl. Nr. 525, 524). Vgl. die folgende Note.

2) Doch kann der Erblasser, indem er dem Notherben mehr als den Pflichttheil zuwendet, giltig verordnen, daß derselbe diesen Mehrbetrag nur dann erhalten solle, wenn er eine das Ganze betreffende Beschränkung oder Auflage sich gefallen lasse. Dies ist die sog. Socinische Cautel, von Marianus Socinus dem Jüngeren († in Siena 1556) in einem Gutachten ausführlich vertheidigt. Arndts §. 595 und Anm. 2.

bezeichneten Art seiner Verpflichtnng nachgekommen ist, dann kommen nicht nothwendig die Grundsätze vom Notherbrecht, sondern regelmäßig jene über die testamentarische Erbfolge oder über Legate zur Anwendung — die Eigenthümlichkeiten der Notherbfolge treten in solchem Falle nicht hervor.[3]) Wohl aber greift das Notherbrecht mit seinen Eigenthümlichkeiten Platz im Falle ausdrücklicher Beschränkung des Notherben auf den Pflichttheil, ferner wenn der testamentarisch eingesetzte Notherbe den ihm zugewendeten Erbtheil mit Vorbehalt des Pflichttheils ausschlägt (§. 808 i. f.), und wenn er durch den letzten Willen in seinem Notherbrecht verkürzt wurde (§§. 727, 729, 775, 776, 780, 781).

Das sog. Notherbrecht ist nach östr. Recht kein wahres Erbrecht, und der sog. Notherbe kein Erbe im technischen Sinne, sondern ein Nachlaßgläubiger.[4]) Denn er hat „keinen Anspruch auf verhältnißmäßige Antheile an den einzelnen zur Verlassenschaft gehörigen beweglichen und unbeweglichen Sachen, sondern nur auf den nach der gerichtlichen Schätzung berechneten Werth seines Erbtheils".[5]) Auf ihn geht also nicht die Gesammtheit der erblasserischen Vermögensrechte über, während doch gerade dieser Uebergang zum Begriffe der Universalsuccession gehört, demnach auch nicht die Gesammtheit der davon untrennbaren Verbindlichkeiten; mit andern Worten er repräsentirt den Erblasser ebensowenig, als ein Legatar.

Hienach erscheint der Notherbe als solcher auch nicht als Miteigenthümer der einzelnen in der Verlassenschaft befindlichen Gegenstände, folglich steht ihm auch das Recht nicht zu, auf Theilung der Erbschaft (§. 830), und zu diesem Zwecke etwa gar auf Feilbietung derselben (§. 843) zu dringen (§. 784 i. f.); ebensowenig kann er verlangen, daß ihm die Verwaltung und Fruchtnießung (§. 810), oder schließlich gar der Besitz der Erbschaft (§. 819) eingeräumt werde; eine Einantwortung an den Notherben gibt es also nicht; er ist nur Gläubiger auf den aliquoten Theil vom Schätzungswerth der Erbschaft[6]) und der bis zu seiner Befriedigung

3) G.-Z. 1859 Nr. 137 [= Sammlung II. Nr. 786]: Der Erblasser hatte seinen zwei Söhnen die Hälfte des Vermögens voraus zugewendet, und sie hinsichtlich der zweiten Hälfte mit seinen zwei Töchtern zu gleichen Theilen zu Erben berufen; es wurde entschieden, daß die Töchter nicht als Notherben, sondern als Erben zu betrachten seien, und daß ihnen darnach ihre Antheile am Nachlaß in natura gebühren. Dagegen jedoch Jud.-B. Nr. 39 (= G.-Z. 1872 Nr. 76 [= Manz'sche Sammlung I. S. 36].

4) Dem steht weder der Ausdruck Notherbe, noch der Umstand entgegen, daß der Pflichttheil in den §§. 727, 729, 762, 764 u. a. als Erbtheil bezeichnet ist. Das erstere ist hergenommen von der romanistischen Terminologie (heres necessarius), der letztere Ausdruck aber ist, wie §§. 757, 758 zeigen, ein mehrdeutiger.

5) Hofd. v. 31. Jänner 1844 Nr. 781 J.-G.-S.

6) Uebereinstimmend Unger G.-Z. 1862 Nr. 16 [= Verl.-Abh. S. 144], Dworzak in Haimerl's Vjschr. X. Lit. Bl. S. 65. Dafür spricht auch das dem Notherben gleich den Erbschaftsgläubigern und Legataren zustehende jus separationis (§. 812), welches im Verhältniß von Erben zu Erben gar nicht gedacht werden kann. Vgl. auch Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 65 [= Sammlung VI. Nr. 3203], wonach der Pflichttheil „sowohl den Haupterben als den Verlassenschaftsgläubigern gegenüber als das Legat einer bestimmten, dermalen noch nicht ausgemittelten Geldsumme erscheint", nur

anerwachsenen Früchte oder sonstigen Vermehrungen derselben, wogegen ihn aber naturgemäß auch Verminderungen oder Verluste, die derselbe erleidet, mit treffen (§. 786 i. f.)[7]), daher er auch von dem zur Verwaltung ausschließlich berechtigten Erben über diesen Gewinn und Verlust und die Früchte Rechnungslegung fordern kann.[8]) Consequent kann nun auch umgekehrt der Notherbe als solcher von den Gläubigern des Erblassers nicht in Anspruch genommen werden[9]), und ist wegen nachträglich hervorkommenden Nachlaßpassiven nur verpflichtet, das empfangene Uebermaß nach §. 693 an die Erben zurückzustellen[10]); um so weniger kann seinen eigenen Gläubigern das im §. 822 normirte Recht zugestanden werden.[11])

Endlich ergibt sich von dem entwickelten Standpunkte aus, daß die Notherben weder verpflichtet noch auch nur berechtigt sind, eine Erbserklärung zu überreichen[12]), und daß ihnen zur Geltendmachung ihres Anspruchs die Erbschaftsklage nicht zusteht.

---

die Haupterben „als Repräsentanten des Erblassers angesehen werden können", und folglich der von den Notherben „erklärte unbedingte Antritt des ihnen hinterlassenen Pflichttheils keinen anderen Sinn haben könnte, als jenen, daß sie sich mit diesem Pflichttheil begnügen und nicht auf Errichtung eines Inventars dringen." Pl.-Entsch. G.-H. 1870 Nr. 70 [= Sammlung VIII Nr. 3759]: Der Pflichttheil eine Forderung gegen die Verlassenschaft. Jud.-B. Nr. 41 (= G.-Z. 1872 Nr. 77 [= Manz'sche Samml. I. S. 38]): dem Haupterben steht nicht die Wahl zu, den Pflichttheil entweder in Geld oder in Natur auszufolgen.

7) Zweifelhaft bleibt allerdings, ob er auch in dieser Beziehung nur Theilhaber am Schätzungswerthe ist. Der Wortlaut des §. 786 i. f. und das in Note 8 cit. Hofd. sprechen für wahre Theilhaberschaft; allein das widerspräche den Grundsätzen über den Eigenthumserwerb.

8) Hofd. v. 27. März 1847 Nr. 1051 J.-G.-S.

9) Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 65 [= Sammlung VI. Nr. 3203]. Dafür spricht auch, daß der Notherbe nach §. 785 nur von den nach Abzug der Passiven verbleibenden Activen etwas zu bekommen hat.

10) Der Erbe ist daher, so lange eine solche Gefahr obwaltet, den berechneten Pflichttheil nur gegen Sicherstellung abzuführen schuldig (arg. §. 692).

11) So Entsch. G.-Z. 1858 Nr. 153 [= Sammlung I. Nr. 432]; dagegen Entsch. G.-H. 1869 Nr. 78 [= Sammlung VII. Nr. 3253]. Entsch. G.-H. 1870 Nr. 1 [= Sammlung VII. Nr. 3365] nimmt an, daß den Gläubigern des Notherben vor der Einantwortung wohl die Sicherstellung auf den Pflichttheil nach §. 822, keineswegs aber die Einantwortung desselben bewilligt werden könne, da der Pflichttheil bis dahin nicht ziffermäßig ausgemittelt sei. Ebenso Pl.-Entsch. G.-H. 1870 Nr. 70 (= Sammlung VIII. Nr. 3759], in welcher gesagt ist, daß die Verpfändung mittelst Vormerkung in den Verlassenschaftsacten und bezw. den Büchern des Depositenamtes erfolge.

12) Dafür spricht auch §. 804, der es als eine besondere Begünstigung des Notherben hervorhebt, daß er die Errichtung eines Inventars verlangen darf; wäre er wahrer Erbe, so würde sich dies von selbst verstehen (§. 805). — Vgl. Entsch. G.-Z. 1862 Nr. 52, 1869 Nr. 65 [= Sammlung II. Nr. 583, VI. Nr. 3203]; Entsch. G.-H. 1869 Nr. 79 [= Sammlung VII. Nr. 3493]: Hat sich auch der Notherbe und zwar zum Pflichttheil erbserklärt, so kann er nicht nach Pat. v. 9. Aug. 1854 §§. 125, 126 angewiesen werden, gegen den Testamentserben als Kläger aufzutreten, sondern das Gericht hat nach §. 162 ebda. von Amtswegen auf die Vorlage eines Pflichttheilsausweises zu dringen, und erst, wenn dann ein Streit darüber entsteht, ob und was in den Pflichttheil einzu-

§. 530. Bestimmung des Pflichttheils.

1) Quantum. Der Pflichttheil beträgt bei Descendenten die Hälfte (§. 765)[1]), bei Ascendenten ein Drittheil ihrer Intestaterbportion (§. 766)[2]), jedoch niemals in Natur, sondern im Schätzungswerthe.[3]) Dazu kommt noch der auf diese Quote entfallende Theil der Früchte und sonstigen Vermehrungen des Nachlasses seit dem Todestage, bezw. es sind ebenso auch die zufälligen Verminderungen entsprechend in Abzug zu bringen (§. 786 i. f.); über beides kann Rechnung verlangt werden.[4]) Die Pflichttheilsquote ist natürlich nach dem reinen Activstande des Nachlasses zu bestimmen (§. 785); doch gibt es (s. unten) einen Fall, in welchem der reine Activstand des Vermögens bei Lebzeiten zur Grundlage der Berechnung dient (§. 951).

2) Berechnung. Um den Pflichttheil zu berechnen, muß vor Allem der reine Activstand der Masse erhoben und darnach der Intestaterbtheil des betreffenden Notherben berechnet werden; die Hälfte bezw. ein Drittheil davon bildet den Pflichttheil.

Um den reinen Activstand zu erheben, muß Alles, was zur Masse gehört, genau inventirt und gerichtlich geschätzt werden, denn der Pflichttheil richtet sich nur nach dem Schätzungswerthe. Zu dieser Schätzung müssen die Notherben vorgeladen werden[5]), und sie sind berechtigt, dabei ihre Erinnerungen vorzubringen, während sie kein Recht haben, unter dem Vorwande, daß die Feilbietung einen höheren Erlös liefern werde, auf eine solche zu dringen (§. 784). Zum Activstande rechnet man Alles, was der Erblasser frei vererben konnte, also allerdings auch Forderungen an den Erben oder Legatar, nicht aber Lehen, Fideicommisse und fideicommissarische Substitutionen (§. 784). Auch gehören zum Activstand alle bei Lebzeiten des Erblassers verabreichten beträchtlichen Schenkungen[6]), sowie alles dasjenige, was nach §§. 788, 789 eine Einrechnungspost des Pflichttheils bildet. Das Erstere ergibt sich aus der Erwägung, daß nach §. 951 alle Schenkungen, insoweit sie den Pflichttheil damals lebender Kinder beinträchtigen, von ihnen widerrufen werden können; denn daraus folgt auch, daß geringere Schenkungen wenigstens die zur freien Disposition des Erblassers verbleibende Vermögenshälfte verringern müssen, und eben darum, damit die andere Hälfte unvermindert bleibe, bei dieser Be-

---

rechnen sei, kann dieser im Rechtswege ausgetragen werden. — Daß es Einrechnungsposten gebe, hat offenbar der Haupterbe zu erweisen.

1) Dies auch, wenn der Ehegatte des Verstorbenen nach §. 757 als Miterbe concurrirt, weil dadurch nicht der Erbtheil der Kinder, sondern nur der Fruchtgenuß geschmälert wird. Nach diesem Verhältniß darf denn auch der Pflichttheil mit dem erwähnten Fruchtgenuß belastet werden.

2) Das Nämliche gilt auch für den Pflichttheil der Notherben eines katholischen Geistlichen; sie erhalten $^1/_6$ oder $^1/_9$ des Nachlasses als Pflichttheil. Ueber die restirenden $^5/_6$ bezw. $^8/_9$ darf er frei verfügen, obwohl nicht zu verkennen ist, daß dieses Ergebniß der ratio legis widerstreitet.

3) Hofd. v. 31. Jänner 1844 Nr. 781 J.-G.-S.

4) Hofd. v. 27. März 1847.

5) Pat. v. 9. Aug. 1854 §. 274.

6) Selbstverständlich nur, wenn es sich um den Pflichttheil der Descendenten handelt: §. 951.

rechnung zum Nachlaß hinzugeschlagen werden müssen.[7]) Der Beweis der zweiten (die Einrechnungsposten betreffenden) Aufstellung dagegen liegt in dem mathematisch richtigen Satze, daß die Einrechnung nach §. 793 thatsächlich eine Zuschlagung der Einrechnungspost zur Nachlaßmasse ist.[8]) Nennt man die Masse M, die Zahl der gleich zu betheilenden Intestaterben n, und den Vorempfang, den einer von ihnen nach §. 788 bereits erhalten hat, a, so ist der Erbtheil, den jeder andere Intestaterbe aus der Masse zu erhalten hat $= a + \frac{M - (n-1)a}{n}$, dies aber ergibt $\frac{M + a}{n}$.[9]) Eine Ausnahme gilt natürlich für jene Einrechnungsposten, welche wegen ihrer Uebermäßigkeit nach §. 793 für die Masse als ganz verloren zu betrachten sind.

Lebte der Erblasser in ehelicher Gütergemeinschaft, so bildet seinen Activstand die Hälfte des beiderseitigen gemeinschaftlichen Vermögens am Todestage (§. 1234).[10])

Der zweite Schritt zur Erhebung des reinen Activstandes ist die Ermittlung der Nachlaßpassiven. Darunter versteht man die bereits bei Lebzeiten des Erblassers auf dem Vermögen haftenden Schulden (§. 785), insoweit sie vererblich sind, und insoweit der Erblasser nicht die Absicht hatte, durch deren Eingehung schon im Voraus über seinen Nachlaß zu verfügen.[11]) Selbstverständlich werden auch Legate und andere letztwillige Belastungen nicht zu den Nachlaßpassiven gerechnet (§. 786 pr.).[12]) Wohl aber gehört zu den letzteren die Verpflichtung zur Rückzahlung des Heirathsgutes (§. 1229), keineswegs aber auch die zur Entrichtung der Widerlage (§. 1230), des Witwengehaltes (§. 1242) oder zur Duldung der Ausübung des Advitalitätsrechtes (§. 1255 fg.); denn mögen diese vermögensrechtlichen Verpflichtungen immerhin bei Lebzeiten des Erblassers begründet sein, sie enthalten doch zugleich Dispositionen mit dem Nachlaß unter einem lucrativen Titel.[13]) Ebensowenig dürfen Schenkungen auf

---

7) So auch schon öfters die Praxis. Vgl. Entsch. G.-Z. 1857 Nr. 67, 1862 Nr. 52 (= G.-H. 1862 Nr. 24), 1865 Nr. 15 [= Sammlung I. Nr. 282, II. Nr. 583, IV. Nr. 1474].

8) Entsch. G.-Z. 1869 Nr. 69 [= Sammlung VII. Nr. 3625].

9) Vgl. Blitzfeld G.-Z. 1856 Nr. 94 bis 97; dafür auch Harum Oesterr. Wochenschrift 1864 Nr. 28 (S. 873). Der gleiche Grundgedanke schon bei Härdtl: Ueber die verschiedenen Arten der Berechnung des Pflichttheils. Wien 1838.

10) Ob und inwieweit der überlebende Ehegatte aus der die Nachlaßmasse bildenden Hälfte selbst etwas anzusprechen habe, ist nach den §§. 757, 758, 796 zu beurtheilen.

11) Wie z. B. Schenkungen auf den Todesfall, Widerlage. S. sofort weiter im Text.

12) Ein Erblasser anerkannte, jedem seiner drei Kinder 10000 fl. schuldig zu sein, und beschränkte seine Enkelin auf den Pflichttheil; Entsch. G.-Z. 1872 Nr. 8 [= Sammlung IX. Nr. 4388] geht dahin, daß weder diese testamentarische Anerkennung gegenüber den Haupterben, noch die gegenseitige Anerkennung der Haupterben unter einander gegenüber der Notherbin wirksam sei, daß vielmehr der Bestand dieser Schulden gegen die Notherbin im Klagewege erwiesen werden müsse (arg. §. 665 i. f.).

13) Die gegentheilige Annahme würde zu den größten Widersprüchen führen, namentlich zu beliebiger Verkürzung des vom Gesetze im Allgemeinen doch sorg-

den Todesfall[14]), ja[15]) nicht einmal unerfüllte Schenkungen unter Lebenden zu den Nachlaßpassiven gezählt werden, eben weil die letzteren Dispositionen mit der frei vererblichen Nachlaßhälfte sind (§. 951). Nicht zu den Nachlaßpassiven gehören auch die erst nach dem Tode entstehenden pflichtmäßigen Auslagen, wie insbesondere die für Begräbnißkosten, für die Verwaltung des Nachlasses, zur Berichtigung der Nachlaßgebühren, zur Bestreitung der auf dem Nachlaß ruhenden Alimentationsansprüche des überlebenden Ehegatten (§§. 1243, 796), des Notherben (§. 795) oder eines unehelichen Kindes (§. 171) u. dgl.; denn der Pflichttheil ist nach dem Stande des Vermögens am Todestage[16]) zu berechnen, und diese Auslagen gehören vielmehr zu den (allerdings den Notherben mittreffenden) späteren Verminderungen des Nachlasses (§. 786 i. f.). Was speciell die bezeichneten Alimentationsverpflichtungen anbelangt, so vermindern sie den Pflichttheil vorübergehend insoweit, als der zu ihrer Bestreitung erforderliche Capitalantheil aus der Verlassenschaft ausgeschieden, und erst nach Erlöschung des Alimentationsanspruchs zwischen den Haupt- und Notherben aufgetheilt wird.

Ist so der Schätzungswerth des reinen Activnachlasses gefunden, dann berechnet man den Intestaterbtheil des betreffenden Notherben, worauf durch Halbirung oder Drittheilung der Pflichttheil gefunden wird. Bei dieser Berechnung sind jene Intestaterben, die auf ihr Erbrecht verzichtet haben, rechtmäßig enterbt worden sind, oder aus einem anderen Grunde von der Intestaterbfolge ausgeschlossen sind, so zu betrachten, als ob sie gar nicht vorhanden wären (§. 767)[17]); es vergrößert sich also durch ihren Wegfall der Pflichttheil der übrigen Notherben[18]), — es sei denn die Verzichtleistung ausdrücklich zu dem Zwecke geschehen, um dem Erblasser die betreffende Quote zur ganz freien Verfügung zu stellen. Ebenso sind auch jene Notherben, die bereits (§. 793 i. f.) übermäßige Vorempfänge

---

sam geschützten Notherbenrechtes. Diese Ehepacten tragen den Charakter von Schenkungen an sich (vgl. oben Band I. S. 367); und wenn schon Schenkungen unter Lebenden (nach dem nach Note 6 Bemerkten) wo nicht die Inofficiositätsquerel, so doch die Wirkung nach sich ziehen, daß sie die zur freien Disposition bestimmte Vermögenshälfte vermindern, so muß das Gleiche um so mehr von diesen Ehepacten gelten, die ganz wohl mit vertragsmäßigen Legaten verglichen werden können. Auch nach röm. R. werden Schenkungen an den Ehegatten nicht zu den Nachlaßpassiven gerechnet. S. Arndts im Rechtslex. VIII. S. 129.

14) Vgl. Band I. a. a. O. Note 18 und Arndts a. a. O. Dagegen Stubenrauch III. S. 150.

15) Nämlich in Betreff der Descendenten (§. 951).

16) Ebenso nach röm. R. Arndts a. a. O. Nicht ganz zutreffend die Behauptung Unger's G.-Z. 1862 Nr. 16 [= Verl. Abhandlung S. 143], daß die Berechnung vielmehr nach dem Stande zur Zeit der Zutheilung erfolge (§. 786), das östr. R. somit hierin vom Röm. abweiche. Auch das röm. R. läßt den Notherben am Gewinn und Verlust der Erbschaft bis zur Vertheilung participiren (Arndts S. 130 a. E.), und doch legt es der Berechnung den Stand am Todestage zu Grunde.

17) Anders das röm. R. insofern, als der rechtmäßig Enterbte mitgezählt wird. Arndts a. a. O. S. 125.

18) Entscheid. G.-Z. 1865 Nr. 48 [= Sammlung V. Nr. 2175].

erhalten haben, und zwar sammt diesen Vorempfängen außer Rechnung zu bringen.

Bei der Berechnung seines Pflichttheils muß sich der Notherbe Alles, was er durch Legate oder andere Verfügungen des Erblassers wirklich aus der Verlassenschaft erhalten hat (§. 787), ein Kind auch die Vorempfänge des §. 788 (vgl. oben §. 513), und jeder Ascendent Alles, was er als Vorschuß auf seinen künftigen Erbtheil, nicht bloß als gesetzliche Unterstützung oder als reine Schenkung empfangen hat (§. 789) in seinen Pflichttheil einrechnen lassen.[19]) Wie diese Einrechnung zu vollziehen sei, bestimmt das Gesetz nicht, daher die Frage sehr streitig ist.[20]) Das Richtige ist wohl, daß auch hier vor Allem die Berechnung des Intestaterbtheils nach §. 793 vorgenommen, dieser Intestaterbtheil, von dem der Vorempfang einen integrirenden Bestandtheil bildet, durch 2 oder 3 getheilt, und von dem so gefundenen Quotienten der Vorempfang in Abzug gebracht wird; der nach dieser Rechnungsoperation noch verbleibende Rest enthält die gesuchte Ergänzung des Pflichttheils, die der Notherbe noch anzusprechen hat.[21])

Nicht anders ist auch in dem Falle vorzugehen, wenn der Vorempfang eines Notherben sogar die Größe seines Erbtheils übersteigt. Zwar ist es richtig, daß dadurch die Erb- und somit auch die Pflichttheile der übrigen Notherben eine Verringerung erfahren; auch ist nicht zu bestreiten, daß diesem unbilligen Ergebniß leicht vorgebeugt werden könnte, wenn man sich berechtigt halten könnte, den Mehrbetrag nur auf Rechnung der freivererblichen Hälfte des Nachlasses zu stellen, so daß die für den Pflichttheil bestimmte unverringert bliebe — ein Satz, der allerdings nur der Ausdruck des consequenten Festhaltens an dem Principe wäre, daß derlei Dispositionen anticipirte Verfügungen von Todeswegen sind, die sich eben darum nur auf die freivererbliche Hälfte beziehen können[22]); andererseits aber ist noch viel sicherer, daß der in Frage stehende Satz dem klaren Wortlaut des Gesetzes widerstreitet, welches den zu sehr Begünstigten sammt seinem Vorempfang ganz außer Rechnung zu lassen gebietet (§. 793) und in allen Fällen den Pflichttheil als die Hälfte oder als ein Drittel des Intestaterbtheils erklärt, was er aber in der That bei Anwendung der hier abgelehnten Methode nicht mehr wäre. Auch würde die letztere

19) Entsch. G.-H. 1868 Nr. 50 und G.-Z. 1872 Nr. 20 [= Sammlung VI. Nr. 2986, X. Nr. 4442]: Diese Einrechnung findet auch statt, wenn der Pflichttheil dem Notherben testamentarisch mit ausdrücklicher Benennung als Pflichttheil hinterlassen wurde, obwohl (§. 790) bei testamentarischer Bedenkung eine Einrechnung im Zweifel nicht eintritt.

20) Eine Uebersicht der verschiedenen Meinungen bei Stubenrauch II. S. 726—741.

21) So Nippel V. S. 147 fg., Blitzfeld G.-Z. 1856 Nr. 94—97.

22) Diese Erwägungen liegen der abweichenden Meinung Härdtl's zu Grunde, welcher denn auch den Pflichttheil nicht nach dem wirklichen, sondern nach dem durch diesen übermäßigen Vorempfang vergrößerten Stande des Nachlasses berechnet. Den Widerspruch, daß der Pflichttheil dann mehr als die Hälfte oder ein Drittel des Intestaterbtheils ausmacht, beseitigt er durch die Annahme, der Intestaterbtheil sei selbst nicht mehr ganz.

zu der dem §. 1253 widerstreitenden Absurdität führen, daß dem Erblasser möglicherweise gar kein Vermögen zur freien letztwilligen Verfügung übrig bliebe. Das übrigens versteht sich von selbst, daß übermäßige Begünstigungen einzelner Kinder, die als Schenkungen erscheinen, trotz §. 793 der Anfechtung nach §. 951 ausgesetzt bleiben.

Unbedenklich darf §. 793, obwohl er nur von Collationen zwischen Kindern des Erblassers spricht, auch bei der Einrechnung in den Pflichttheil der Eltern zur Anwendung gebracht werden.

3) Ergänzung. Handelt es sich um die Ausscheidung oder Ergänzung des Pflichttheils gegen den erklärten erblasserischen Willen, so sind die Legatare gleichmäßig („verhältnißmäßig") mit den Erben beitragspflichtig (§. 783), da eine solche letztwillige Erklärung theilweise nichtig (test. inofficiosum) ist, und sich demgemäß die Nichtigkeit in gleichem Verhältniß auf alle Verfügungen erstreckt. Jedoch steht dem Notherben nur gegen die Erben, nicht auch gegen die Legatare die Ergänzungsklage zu.

§. 533. Rechte der eigenen Gläubiger des Erben.

Durch den Erbanfall erweitert sich das Vermögen des Erben und damit auch der Bedeckungsfond für seine eigenen Gläubiger. Diese können denn auch das ihm angefallene[1]) Erbgut sofort mit Pfändung[2]), Vormerkung[3]) oder Verbot[4]) belegen, ohne erst auf die Einantwortung warten zu müssen. Allein da die Verlassenschaft bis zur Einantwortung ein ab-

1) Einer vorausgehenden Erbserklärung bedarf es nicht: Entsch. G.-H. 1870 Nr. 58 [= Sammlung VIII. Nr. 3820].

2) Ist darunter auch das Recht zur Intabulation zu verstehen, wofern der Schuldner eine intabulationsfähige Urkunde ausstellt? In dem Rechtsfall G.-Z. 1873 Nr. 6 [= Sammlung X. Nr. 4771] wurde nur die Pränotation bewilligt, aber mit Pl.-Entsch. des O.-G.-H. ausgesprochen, daß in der Einantwortung die Rechtfertigung der Pränotation gelegen sei.

3) D. h. Pfandrechtspränotation, nicht auch Pränotation des Eigenthums oder Servitut. Wird nämlich ein Nachlaßgut ohne Zustimmung der Abhandlungsbehörde veräußert oder mit einer Servitut belastet, so bedarf es nach Hofd. v. 26. Nov. 1839 Nr. 394 der vorläufigen Umschreibung des Erben, die erst nach der Einantwortung erfolgen kann. Geschieht aber die Veräußerung mit Zustimmung der Abhandlungsbehörde, so hat sie nicht blos eine nach §. 822 suspendirte, sondern sofortige Wirksamkeit. — Nach dem Hofd. v. 27. Mai 1782 Nr. 51 J.-G.-S. (Wessely II. S. 188 Note *) und böhm. Landtafelpat. §. 21 (welche aber merkwürdigerweise nur von dem Universalerben reden) mußte aber auch zum Zwecke der Pränotation im Falle testamentarischer Erbfolge immer erst vorläufig die letztwillige Erklärung des Erblassers eingetragen werden; consequent mußte im Falle der Intestaterbfolge die Pränotation unter Anschluß der die Verwandtschaft oder die eheliche Verbindung des Erben mit dem Erblasser nachweisenden Dokumente oder der angenommenen Erbserklärung angesucht werden. Nach Entsch. G.-H. 1870 Nr. 79 [= Schimkowsky II. Nr. 821] bedarf es aber der vorläufigen Eintragung der letztwilligen Anordnung und überhaupt des Erbrechtes des Pränotaten nicht mehr, indem die erwähnten Vorschriften des älteren Rechtes durch §. 822 b. G.-B. aufgehoben erscheinen.

4) Nicht auch mit Sequestration: Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 89, G.-H. 1869 Nr. 78 [= Sammlung VI. Nr. 3127, VII. Nr. 3253]; dagegen Swoboda Erört. prakt. Rechtsf. S. 72 fg. unter Berufung auf eine Pl.-Entsch. [Samml. VII. Nr. 3558].

gesondertes, den Erbschaftsgläubigern, Legataren und Notherben verfangenes Gut bildet, auf welches diese einen vorzugsweisen Anspruch haben, so ist es natürlich, daß die erwähnten Sicherstellungsmittel der Gläubiger des Erben mittlerweile nur bedingte, d. h. von der Voraussetzung abhängig sind, daß nach rechtzeitiger Anmeldung und Befriedigung der erwähnten bevorzugten Ansprüche noch etwas von dem Erbgute erübrige.[5]) Die Sicherstellungsmittel erlangen also ihre Durchsetzbarkeit erst mit der beide Vermögensmassen verschmelzenden Einantwortung[6]) (§. 822)[7]), ihre Priorität richtet sich aber allerdings nach der Zeit ihrer Erwirkung; und insofern kommt ihnen schon vor der Einantwortung eine Wirksamkeit zu, als das mit Sicherstellung belegte Gut der Wirkung derselben einseitig nicht mehr entzogen werden kann. Wenn also etwa bei der späteren Theilung der Erbschaft das mit Sicherstellung belegte Erbgut einem anderen Erben zugewiesen, oder wenn es aus der Nachlaßmasse verkauft wird, so geht es an den Erwerber sammt der darauf schon ruhenden Last über (§§. 443. 847).[8]) Hat sich jedoch der Erbe zur Zeit der durch seinen Gläubiger erwirkten Sicherstellung noch nicht erbserklärt, so ist auch die Sicherstellung in ihrer eben bezeichneten Wirksamkeit noch von der Erbserklärung abhängig, d. h. mit der Erbsentschlagung zerfällt sie, ohne daß dies von den Gläubigern verhindert werden könnte.[9])

Das Object dieser Sicherstellung ist nicht etwa das Erbrecht im Ganzen, sondern nur einzelne Erbschaftssachen (Hofd. v. 3. Juni 1846 Nr. 968 J.-G.-S.)[10]); das Erbrecht als solches ist nämlich überhaupt nicht Gegenstand des Verkehrs, und die Erbschaft als ein ganzes Ver-

---

5) Die Sicherstellung ist aber nicht in dem Sinne bedingt, daß z. B. ein zur Intabulation geeignetes rechtskräftiges Urtheil nur zur Pränotation gebracht werden dürfte: Pl.-Entsch. G.-Z. 1862 Nr. 53 [= Sammlung III. Nr. 1333].

6) Zu weit geht Entsch. G.-H. 1870 Nr. 79 [s. Note 3], indem sie den entscheidenden Zeitpunkt erst in der Umschreibung des Erben erblickt.

7) Daher kann auf Grund des nach §. 822 von einem Gläubiger des Erben erwirkten executiven Pfandrechtes die Feilbietung des so belasteten Gutes nicht bewilligt werden: Entsch. G.-H. 1868 Nr. 54 [= Sammlung VI. Nr. 3016].

8) So Entsch. G.-Z. 1859 Nr. 16, 1866 Nr. 59, 1867 Nr. 90 [= Sammlung II. Nr. 667, V. Nr. 2637; die zweitcit. E. fehlt in den Sammlungen]; dagegen Entscheid. G.-H. 1866 Nr. 21 [= Sammlung V. Nr. 2707]: Die Miterben hatten vereinbart, daß das mit der Intabulation belastete Haus einem anderen Miterben zufallen solle, und danach erfolgte auch die Einantwortung; zugleich wurde entschieden, daß die Löschung der erwirkten Sicherstellung über bloße Vorlage der Einantwortungsurkunde (also ohne Rechtsstreit) zu erfolgen habe. Ebenso Entsch. G.-Z. 1871 Nr. 67 [= Sammlung IX. Nr. 4214].

9) Aussez Tab.-Verf. §. 77 will die Sicherstellung überhaupt erst nach Ueberreichung der Erbserklärung zulassen; allein weder die in Note 3 angeführten älteren Gesetze, noch §. 822 b. G.-B. enthalten etwas von einer solchen Beschränkung.

10) Vgl. aber Entscheid. G.-Z. 1867 Nr. 34 [theilweise in Sammlung V. Nr. 2536]: Ist der Erbanfall nachgewiesen, dann kommt es auf die Frage, worin der angefallene Erbtheil bestehe, nicht mehr an. Entsch. G.-Z. 1866 Nr. 49 [= Sammlung V. Nr. 2406] erblickt in dem Erbrecht auf das bestimmte Gut(!) den Gegenstand der Sicherstellung nach §. 822, daher nach Maßgabe dieses Paragraphs selbst eine executive Intabulation auf das angefallene Gut zulässig sei, indem auch eine solche den übrigen Erbsinteressenten nicht schaden könne.

mögen kann bei der Specialität des östr. Pfandrechtes überhaupt nicht Pfandrechtsobject sein. Concurriren mehrere Miterben, so können die erwähnten Sicherstellungsmittel nicht auf ganze Erbschaftsstücke, sondern nur auf die dem betreffenden Miterben zukommenden ideellen Antheile erwirkt werden (§. 829).[11]) Bilden einzelne Nachlaßstücke den Gegenstand von Legaten, so sind sie, obwohl bis zur Verabfolgung an den Legatar Eigenthum des Erben, kein Gegenstand der Sicherstellung für seine Gläubiger, weil die Ansprüche der Legatare jenen der Gläubiger des Erben jedenfalls vorausgehen.

Mit der Einantwortung entfallen die Bevorzugungen der Erbschaftsgläubiger, Legatare und Notherben[12]); von da an können die Gläubiger des Erben selbst auf jene unbeweglichen Erbstücke, die auf seinen Namen noch nicht umgeschrieben sind, unbedingt greifen.[13])

§. 537. Die Erbschaftsklage.[1])

A. Klagegrund. Trotz des Instituts der Verlassenschaftsabhandlung kann es vorkommen, daß derjenige, dem das Erbrecht gebührt, rechtzeitig sich zu melden verhindert ist, und die Verlassenschaft einem Anderen eingeantwortet wird. Da aber die Einantwortung nicht mehr Kraft haben kann, als ein gerichtliches Urtheil über eine unpersönliche Klage, wider welches doch Demjenigen, der an dem abgeführten Processe nicht theilgenommen hat, noch immer der Klagweg offen steht (§. 12 b. G.-B.), so muß auch nach erfolgter Einantwortung Demjenigen, der ein besseres oder gleiches Erbrecht zu haben behauptet — vorausgesetzt, daß über dasselbe nicht schon in dem nach Pat. v. 9. Aug. 1854 §. 126 abzuführenden Processe entschieden wurde — vorbehalten bleiben, den Besitznehmer der Erbschaft auf Abtretung der ganzen Erbschaft oder eines aliquoten Theiles[2]) derselben zu belangen (§. 823 pr.).[3]) Diese Klage heißt die Erbschaftsklage (hereditatis petitio); sie geht auf Anerkennung des

---

11) Entsch. G.-Z. 1859 Nr. 16, G.-Z. 1865 Nr. 99 [= Sammlung II. Nr. 667, V. Nr. 2246]. Die letztere betont, daß, wenn die Miterben während der Abhandlung übereingekommen sind, es solle nur Einer von ihnen die Immobilien des Nachlasses übernehmen und die Einantwortung in diesem Sinne erfolgen, die Gläubiger dieses Uebernehmers doch nur auf die ihm ursprünglich angefallene Quote der Grundstücke ihre Forderungen pränotiren können.

12) Vgl. §. 72 der ungar. G.-B.-O. v. 1855.

13) Vgl. Entsch. G.-Z. 1860 Nr. 149, 150, G.-H. 1863 Nr. 1, dagegen Entsch. G.-H. 1864 Nr. 42 [= Sammlung III. Nr. 1863, IV. Nr. 1567, Riehl II. S. 838] und Rechtsfall bei Staudinger Ztschr. f. R. u. St. 1833 II. S. 241 bis 254 (Peitler 1. Aufl. Nr. 162); in dem letzteren wurde entschieden, daß die Gläubiger des Erben die Einverleibung der Einantwortungsrelation, und damit die Umschreibung des Erben auch ohne seine Zustimmung erwirken können.

1) Vgl. bes. Arndts im Rechtslex. Art. hereditatis petitio. V. S. 207—238.

2) Unrichtig drückt sich aus §. 823 verb.: „auf Abtretung oder Theilung ...“ denn es ist ein wesentlicher Unterschied zwischen der Erbschafts- und der Erbtheilungsklage, und gewiß hat der Paragraph nur die erstere im Auge.

3) Die Romanisten heben ganz richtig eine hereditatis petitio partiaria hervor. Arndts S. 208.

Allein- oder Miterbrechts und zugleich auf Abtretung der ganzen Erbschaft oder eines Theiles derselben, ist also eine Vindication der Erbschaft[4])[5]), und daher mit der rein präjudiciellen, während der Verlassenschaftsabhandlung durchzuführenden Erbrechtsklage nicht zu verwechseln.

Regelmäßige Voraussetzung der Erbschaftsklage ist also, daß die Verlaßabhandlung bereits beendet ist[6]) und daß die Erbschaft ganz oder zum Theil einem Anderen als dem Erbschaftskläger eingeantwortet wurde. Wer nämlich vor der Einantwortung sein Erbrecht gegen einen anderen Erbprätendenten geltend machen will, hat nach der ihm — ohne Rücksicht darauf, ob er Besitzer einzelner Erbstücke ist oder nicht — von der Verlaßabhandlungsbehörde zugewiesenen Kläger- oder Beklagtenrolle blos die Vorfrage, ob er als Erbe anzusehen sei, zur Entscheidung zu bringen; davon, daß er ein Begehren auf Abtretung (Herausgabe) der Erbschaft zu stellen habe, kann nicht die Rede sein, da sie vor der Einantwortung von Niemandem juristisch besessen wird. Die Einantwortung an einen Anderen ist aber auch darum wesentliche Voraussetzung der Erbschaftsklage, weil, wenn nicht die Erbschaft, sondern nur einzelne Erbstücke im Besitze Dritter, wenn auch Solcher, die selbst Erben zu sein behaupten, sich befinden, gegen diese, bei der allgemeinen Beweiskräftigkeit der Einantwortung, nicht mehr von der Geltendmachung des Erbrechts, sondern nur von der des Eigenthumsrechts die Rede sein könnte (§. 823 i. f.).[7])

Der Standpunkt, den das östr. Recht in der Lehre von der Erbschaftsklage einnimmt, ist somit ein von dem des röm. Rechts theilweise abweichender. Während das letztere nämlich bei der Statthaftigkeit außergerichtlicher Besitznahme der Erbschaft die Erbschaftsklage auch gegen Besitzer einzelner Erbstücke und ebenso auch gegen einen sich die Erbenqualität zuschreibenden Erbschaftsschuldner zuläßt[8]), ist sie nach östr. Recht, welches nach der Einantwortung nur den als Erben ansieht, der die Einantwortung für sich hat, nur gegen diesen zulässig, und ihre Aufgabe geht eben dahin, die für ihn streitende Vermuthung der Erbenqualität anzugreifen und zu zerstören. Eben darum kennt das östr. Recht auch nur eine Erbschaftsklage gegen den possessor pro herede, nicht auch, wie das röm. Recht, gegen den possessor pro possessore.[9])

Als Kläger mit der Erbschaftsklage tritt ein Prätendent auf, der sich die Erbenqualität zuschreibt, ohne daß diese in der vorausgegangenen Einantwortung nach Maßgabe des Erbanspruchs, wie er ihn erhebt, be-

---

4) Arndts S. 207. Auch das röm. R. nennt sie öfters eine vindicatio hereditatis.

5) Im Gegensatz zu §. 823 i. f. also eine Universalklage.

6) Das Wörtchen „auch" im §. 823 pr. will nicht besagen, daß die Erbschaftsklage auch vor der Einantwortung möglich sei; es bringt nur zum Ausdruck, daß der Einantwortung nicht das Gewicht beizulegen ist, als ob dagegen auch mit einer förmlichen Erbschaftsklage nicht aufzukommen wäre.

7) Nach röm. R. sind allerdings auch einzelne Sachen Gegenstand der Erbschaftsklage. Vgl. z. B. Savigny VI. S. 445, Unger II. S. 663 Note 87, S. 665 Note 95. (Erbrechtliche Singularklagen.)

8) Arndts S. 209, Keller S. 1023.

9) Dagegen mit Unrecht Unger I. S. 537 Note 102.

rücksichtigt worden wäre, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er sich im Besitze einzelner zur Erbschaft gehöriger Vermögensstücke befindet oder nicht und ob sein Erbrechtstitel nach §. 126 Pat. v. 9. Aug. 1854 als ein stärkerer oder schwächerer anzusehen ist. Denn es handelt sich um die Entkräftung der gegen ihn streitenden Einantwortung und die Erlangung des seinem Gegner auf dieser Grundlage zustehenden Besitzes der Erbschaft. — Die Erbschaftsklage steht auch dem fideicommissarischen Nacherben, dem Erbschaftskäufer und dem Fiscus (als Caducitätsberechtigten) zu[10]), obwohl die beiden letzteren nicht das Erbrecht, sondern nur die Erbschaft ansprechen, entsprechend dem Wesen der Klage als einer Vindication des Nachlasses. Dagegen kann sie von dem Notherben als solchem nicht angestellt werden.[11])

Geklagter ist der juristische Besitzer der Erbschaft, d. h. Jener, dem sie eingeantwortet wurde, oder auch dessen Erbe, der Erbschaftskäufer[12]), — auch der Fiscus, der eine Erbschaft als vermeintlich erbloses Gut in Besitz nahm, endlich auch der siegreiche Erbschaftskläger.[13]) Analog den Regeln über die Eigenthumsklage gilt aber auch Jener als rechter Beklagter, der den Besitz nach zugestellter Klage[14]) fahren ließ (§. 378), oder umgekehrt den Besitz[15]) fälschlich vorgibt (§. 377).[16])

Zu beweisen hat der Kläger

1) daß der Beklagte Besitzer der Erbschaft ist. Der Beweis wird normalerweise erbracht durch den Nachweis der an den Beklagten erfolgten Einantwortung. Leugnet der Beklagte seinen gegenwärtigen Besitz, und wird er desselben überwiesen, so muß er schon aus diesem Grunde dem Kläger den Besitz abtreten, doch bleibt ihm vorbehalten, die Erbschaftsklage anzustellen, wobei aber die früher an ihn erfolgte Einantwortung nichts mehr beweist (§. 376).[17]) Ferner muß der Kläger beweisen

2) sein Erbrecht, bezw. der klagende Erbschaftskäufer jenes seines

10) Arndts S. 208. Dem Erbschaftskäufer steht nur eine abgetretene Klage zu.

11) Dagegen Stubenrauch II. S. 815.

12) Arndts S. 212, Stubenrauch II. S. 816, Winiwarter III. S. 453. Den Beweis des Gesagten enthalten die §§. 532 und 823 („Besitznehmer"). Weder §. 824 i. f. noch die Stylisirung des §. 823 („besseres oder gleiches Erbrecht") dürfen daran irre machen; denn §. 824 i. f. hat nur den corporis possessor, nicht den Besitzer der Erbschaft im Auge, und §. 823 legt das Gewicht auf Abtretung oder Theilung der Erbschaft, die auch gegen den Erbschaftskäufer statthaft ist. Wer die Behauptung des Textes bestreiten wollte, müßte zu dem Ergebniß gelangen, daß, im Falle der Veräußerer die Erbschaft verschenkt hätte, die Erbschaftsklage weder gegen den Geschenkgeber, noch gegen den Geschenknehmer zulässig sei. (Umgekehrt kann allerdings bei entgeltlicher Veräußerung der Erbschaft die Erbschaftsklage sowohl gegen den Erbschaftskäufer, als gegen den Verkäufer gerichtet werden.) Daß gegen den vom Pseudoerben nur einzelne Erbstücke Erwerbenden die Erbschaftsklage gar nicht, sondern höchstens — und nur ausnahmsweise — die Eigenthumsklage stattfindet (§. 824 i. f.), ist bekannt.

13) Keller S. 1023.

14) Z. B. durch Veräußerung der Erbschaft.

15) Den er vielleicht durch eine solche Veräußerung (Note 14) bereits aufgegeben hat.

16) Arndts S. 213, Keller S. 1023, 1024, Stubenrauch II. S. 816.

17) Arndts S. 216.

Verkäufers, und der Fiscus die eingetretene Caducität. Nachgewiesen wird das Erbrecht durch den Beweis des Erbanfalls, während die Antretung schon in der Anstellung der Eigenthumsklage selbst gelegen ist.[18]) Der Anfall aber wird bewiesen entweder

a) durch ein Testament, dessen (widersprochene) Echtheit vom Kläger dargethan werden muß[19]); im Uebrigen sind, wenn dessen Form äußerlich unbedenklich ist, allfällige sonstige Mängel Gegenstand von Einwendungen, deren Beweis dem Beklagten obliegt.[20]) Ging die Testamentsurkunde verloren, oder wurde sie durch Zufall zerstört, so hat der Kläger den Zufall auf die gewöhnliche, den Inhalt aber auf jene Art zu erweisen, auf welche eine mündliche letzte Anordnung verwiesen werden muß (§. 722).[21]) Ein mündliches Testament ist durch die übereinstimmende eidliche Aussage sämmtlicher bei dessen Errichtung gegenwärtig gewesener Zeugen, und wofern Einer aus ihnen nicht mehr vernommen werden kann, wenigstens der zwei übrigen zu erweisen (§. 586)[22]);

b) durch einen Erbvertrag; hier gilt das soeben von Testamenten Gesagte[23]);

c) durch die Darthuung des Intestaterbverhältnisses. Tritt der Kläger auf dieser Grundlage gegen einen anderen Intestaterben auf, so hat er seine nähere oder gleich nahe verwandtschaftliche Erbenstellung oder die Erbunfähigkeit oder Erbunwürdigkeit seines Gegners darzuthun. Will er hingegen ein Testament oder einen Erbvertrag umstoßen, so muß er auch beweisen, daß es von Anfang an nichtig, oder später ungiltig geworden sei; ihm obliegt daher auch der Beweis der von ihm behaupteten Unechtheit desselben[24]), weil — abgesehen von der bedingten Natur des klägerischen Rechtes — der Gegner in der Einantwortung einen vollen Beweis seines Erbrechts für sich hat, über den hinaus ihm ein weiterer Beweis nicht obliegt. Hingegen braucht der Kläger die Nichtexistenz näher berechtigter Verwandten nicht zu beweisen, vielmehr bildet die gegentheilige Behauptung eine Einwendung.[25]) Ebensowenig muß der Kläger den Beweis seiner eigenen Erbfähigkeit erbringen.

Wird mit der Erbschaftsklage nur ein Theil der Erbschaft angesprochen, so hat der Kläger auch noch die Größe seines Erbtheils darzuthun. Die diesfalls im röm. Recht bestehende Schwierigkeit des Beweises, wofern eine Leibesfrucht als Erbe concurrirt, oder wenn es noch ungewiß ist, ob einzelne Miterben annehmen oder ausschlagen werden[26]),

---

18) Vgl. oben §. 511 a. E. und Stubenrauch II. S. 824. Ebenso nach röm. R. Arndts S. 217.

19) Arndts S. 217.

20) Arndts a. a. O. Pat. v. 9. Aug. 1854 §§. 123, 126.

21) D. h. durch die Testamentszeugen selbst, nicht durch andere Zeugen oder sonstige Beweismittel. Erfolgte die Zerstörung oder der Verlust erst nach dem Tode des Testators, so dürften über den Inhalt alle gerichtsordnungsmäßigen Beweismittel zulässig sein. Arndts S. 217, 218.

22) Für das röm. R. vgl. Arndts S. 218, 219.

23) Arndts S. 219.

24) Arndts S. 219.

25) Arndts S. 220.

26) Arndts S. 220, 221.

entfällt für das östr. Recht, weil diese Zweifel schon vor der Einantwortung beseitigt sein müssen.

B. Klagsgegenstand. Der Gegenstand der Klage und somit auch der Condemnation ist die Abtretung des Besitzes der Erbschaft oder eines aliquoten Theiles derselben, also eines Vermögens. Da dieses dasselbe bleibt, mögen auch einzelne Bestandtheile wechseln, so kann nicht nur die Besitzabtretung bestimmter einzelner in der Hand des Beklagten sich befindender Erbstücke, sondern auch das Aequivalent für veräußerte oder consumirte Bestandtheile des Nachlasses in Frage kommen, woran sich nach Umständen noch Nebenforderungen anschließen können. Mit der Abtretung der Activa gehen auch die Passiva auf den Kläger über. Zu restituiren sind demnach:

1) alle nachweislich gegenwärtig zur Erbschaft gehörigen Sachen, die der Beklagte in Händen hat, sowie deren Accessionen und Erzeugnisse, — auch Sachen, die sich nur im Besitze des Erblassers befunden haben oder von ihm gar nur rechtlich detinirt worden sind[27]), daher auch Alles, was der Beklagte als Erbschaftsschuld eincassirt hat und alle noch bestehenden Forderungen der Erbschaft, auch wenn der Beklagte selbst der Schuldner ist.[28]) Hinsichtlich der Früchte der Erbschaft gelten die diesfalls bei der Eigenthumsklage maßgebenden Grundsätze (§. 824 pr.). Der redliche Erbschaftsbesitzer behält also alle vor der Zustellung der Klage abgesonderten Früchte und eingehobenen fälligen Nutzungen (§§. 330, 338); der unredliche restituirt nicht nur die eingehobenen, sondern auch die vernachlässigten Früchte (§. 335). Für die Zeit nach der Klagsinsinuation wird auch der redliche Besitzer dem unredlichen wesentlich gleich gestellt (§. 338).[29])

2) das Aequivalent für veräußerte und consumirte Erbstücke, jedoch ebenfalls mit einer Unterscheidung zwischen dem redlichen und dem unredlichen Besitzer. Daß nämlich der unredliche Besitzer zu dieser Restitution unbedingt verpflichtet ist, folgt einerseits aus seiner Ersatzpflichtigkeit, andererseits aus dem Grundsatze, daß er alle durch den Besitz der fremden Sache erlangten Vortheile zurückzustellen hat (§. 335)[30]), daher er, selbst wenn er ein Erbstück über dessen wahren Werth veräußert haben sollte, den ganzen Kaufpreis herausgeben muß.[31]) Er haftet sogar für den Zufall, welcher die Sache beim Kläger nicht getroffen haben würde (§§. 338, 335). Auch der redliche Besitzer aber ist (trotz §. 329) soweit zur Restitution verpflichtet, als er sonst mit dem Schaden des Klägers bereichert wäre[32]); einerseits handelt es sich hier nämlich um die Restitution eines Vermögens, welches trotz des Wechsels einzelner Bestandtheile dasselbe Vermögen bleibt[33]), andererseits wäre der Gewinn ein ohne Rechtsgrund in seiner Hand befindlicher und daher der condictio

---

27) Arndts S. 222.

28) Arndts S. 223.

29) Ueber das röm. R. Arndts S. 223—225.

30) Vgl. Arndts S. 223.

31) Stubenrauch II. S. 818.

32) Arndts S. 223, 225, 226, Savigny I. S. 233.

33) Schuster Ztschr. f. östr. Rechtsgel 1835 I. S. 225, Stubenrauch II. S. 819, 820.

sine causa ausgesetzt. In der That stellt auch der §. 824 den redlichen Erbschaftsbesitzer nur hinsichtlich der Früchte und der Kosten, nicht auch hinsichtlich der Substanz dem redlichen Besitzer bei der Eigenthumsklage gleich. Daraus folgt aber nothwendigerweise, daß, wenn der Pseudoerbe die Erbschaft veräußert hat, dem Kläger frei stehen muß, ihn auf Herausgabe des Entgelts, oder den Erbschaftskäufer auf Herausgabe der Erbschaft in natura zu belangen. — Für die Zeit von der Klagsbehändigung an haftet der redliche Besitzer auch hinsichtlich der Substanz gleich dem unredlichen; doch haftet er für den Zufall nur bei muthwilliger Verzögerung des Rechtsstreites (§. 338).[34])

Gegen dritte Besitzer einzelner in der Zwischenzeit erworbener Erbstücke gibt es keine Erbschaftsklage[35]), sondern höchstens eine Eigenthumsklage.[36]) Aber auch diese ist nach östr. Recht ausgeschlossen, wenn der Besitzerwerb ein redlicher war (§. 824), und zwar ohne Unterschied, ob die Sache beweglich oder unbeweglich und der Erwerb ein entgeltlicher oder unentgeltlicher war.[37]) Doch muß er nach der Einantwortung stattgefunden haben; denn die eigenmächtige Veräußerung vor diesem Zeitpunkte ist geradezu nichtig, die mit gerichtlicher Bewilligung erfolgte kann aber wenigstens von dem Erbschaftskläger nicht angefochten werden. Der Grund des in Frage stehenden Rechtssatzes liegt in dem Bedürfniß, den auf die Einantwortung vertrauenden Dritten möglichst gegen Benachtheiligung zu schützen und dadurch die Sicherheit des Verkehrs zu fördern.

Aus dem angegebenen Grunde ist gegen die Ansprüche des Erbschaftsklägers geschützt auch der Erbschaftsschuldner, welcher in gutem Glauben dem Pseudoerben gezahlt[38]), und derjenige, der von dem letzteren redlicherweise ein vom Eigenthume verschiedenes dingliches Recht an einem Erbschaftsstücke erlangt hat.[39])

C. Gegenansprüche des Beklagten. Dem beklagten Pseudoerben stehen zuweilen gegen den Erbschaftskläger Gegenforderungen zu, welche er, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dazu vorliegen, im Wege der

---

34) Vgl. Arndts S. 226—228.

35) Denn diese geht ja nur gegen den Besitzer der Erbschaft als eines ganzen Vermögens.

36) Arndts S. 210, 229.

37) Nach röm. R. ist die Eigenthumsklage gegen dritte Erwerber von Erbschaftssachen im Allgemeinen begründet, ausgenommen, der Kläger wäre schon durch die Restitution von Seite des Erbschaftsbeklagten entschädigt, oder die Eigenthumsklage hätte die Eviction gegen den redlichen aber doch nicht bereicherten Veräußerer zur Folge; erfolgte aber die Veräußerung durch einen unredlichen Pseudoerben, so findet die Eigenthumsklage immer statt. Arndts S. 229.

38) Vgl. Arndts S. 229, 230.

39) Stubenrauch II. S. 825, Entsch. Eco dei Trib. 1851 S. 195, 1852 S. 121 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 603]. Daraus folgt, daß die vom Gläubiger des Erben nach §. 822 erwirkte Sicherstellung auch gegen den Erbschaftskläger aufrecht verbleibt, weil sie, wenn auch vor der Einantwortung erwirkt, doch erst von dieser an wirksam ist, und wenigstens das nämliche Recht beanspruchen kann, als ob sie erst nach der Einantwortung erwirkt worden wäre (vgl. Stubenrauch a. a. O.). Zweifelhaft, ob das Gleiche auch dann gilt, wenn eine fremde in der Verlassenschaft befindliche Sache auf diese Art gepfändet wurde; dafür Entsch. G.-Z. 1852 Nr. 27 [= Peitler 2. Aufl. Nr. 604].

Compensationseinwendung, sonst aber nur durch Gegenklage geltend machen kann; ein Retentionsrecht an den Erbschaftssachen steht ihm wegen unterbliebener Berichtigung dieser Ansprüche nicht zu (§. 334). Hieher gehören:

1) Forderungen wegen Befriedigung der Erbschaftsgläubiger und Legatare, wegen Berichtigung der Nachlaßgebühren und Begräbnißkosten, wegen Verwaltung des Nachlasses und sonstiger Verwendungen. Gesetzlich begründete Auslagen sind unter allen Umständen (§. 1042)[40]), andere Verwendungen aber nach jener Maßgabe zu vergüten, nach welcher sie vom Eigenthumskläger dem redlichen oder unredlichen Beklagten vergütet werden müssen (§. 824 pr.).[41])

2) Eigene Forderungen des Pseudoerben gegen die Erbschaft; diese übernimmt der Kläger, wie andere Erbschaftsschulden.[42])

3) Forderungen wegen der von ihm zu Gunsten der Erbschaft eingegangenen Verbindlichkeiten, — diese jedoch nur, wenn der Kläger die letzteren freiwillig auf sich nimmt; sonst bleiben sie, insoweit deren Erfüllung noch möglich ist, dem Beklagten (§. 901).[43])

D. Verhältniß der Streitparteien zu Dritten. Ist der Erbschaftsstreit im Zuge, aber noch nicht entschieden, so entsteht ein Zweifel, ob die im Allgemeinen gegen den Erben als solchen statthaften Klagen gegen den Erbschaftskläger oder den Erbschaftsbeklagten gerichtet werden sollen; ferner, ob umgekehrt der Erbschaftskläger oder der Erbschaftsbeklagte zur Geltendmachung der erbschaftlichen Forderungen und sonstigen Ansprüche legitimirt erscheine, und endlich, ob Verbindlichkeiten, die der Beklagte in Rücksicht von Erbschaftssachen mit Dritten contrahirt hat, geltend gemacht werden können.[44])

Nach östr. Recht ist in dieser Frage entscheidend der Umstand, daß der Beklagte durch die Einantwortung Jedem gegenüber so lange als Erbe legitimirt ist, als die Einantwortung nicht durch ein rechtskräftiges Urtheil entkräftet wurde. Erbschaftsgläubiger können also gegen ihn, und zwar nur gegen ihn, nicht auch gegen den Erbschaftskläger, ihre Forderungen geltend machen; jedoch muß zur vollen Aufrechthaltung des Regreßrechts gegen den Erbschaftskläger diesem der Streit verkündet werden. Unter dieser Voraussetzung kann dasjenige, was zur Befriedigung der Erbschaftsgläubiger verwendet wurde, von der zurückzustellenden Erbschaft ganz oder nach Verhältniß abgezogen werden; hatte sich jedoch der Beklagte unbedingt, der Kläger bedingt erbserklärt, dann findet dieser Abzug nur ad vires hereditatis statt.[45]) Das vom Erbschaftsgläubiger gegen den Erbschaftsbeklagten erwirkte Urtheil wirkt auch gegen den Erbschaftskläger, und zwar von der Zeit der dem letzteren zugesprochenen Erbschaft an ausschließlich gegen diesen, so daß der, selbst unbedingt erbserklärte,

40) Arndts S. 231.

41) Vgl. Arndts S. 232, 233.

42) Arndts S. 232.

43) Anders, wie es scheint, nach röm. R.: Arndts S. 232.

44) Ueber die theilweise abweichenden Sätze des röm. R. s. Arndts S. 235 bis 238.

45) Den Ueberrest fordert der Pseudoerbe vom Gläubiger mit der condictio sine causa (§. 1435) zurück.

Erbschaftsbeklagte vollkommen frei wird, da ihm ja nur als Erben die Bezahlung der Schuld oblag.[46])

Das Nämliche gilt auch von den Ansprüchen der Legatare, und dies selbst dann, wenn der Intestaterbe gegen den testamentarischen mit der Erbschaftsklage auftritt, und es sich also vielleicht um die Umstoßung jenes Testaments handelt, in welchem die fraglichen Legate angeordnet sind, — es sei denn die Umstoßungsklage auch gegen die Legatare selbst gerichtet. Denn das Urtheil wirkt nur unter den Streittheilen; wird durch dasselbe nur die Erbseinsetzung umgestoßen, so bleiben doch den nicht geklagten Legataren ihre Rechte (§. 12 b. G.=B.)

Dingliche Klagen gegen die Verlassenschaft können schon ihrer Natur nach nur gegen denjenigen, der die Sache besitzt, hier also nur gegen den Erbschaftsbeklagten gerichtet werden.[47]) Die Entscheidung im Erbschaftsstreit hat weder auf den Gang der anhängig gemachten dinglichen Klage, noch auf deren Execution einen Einfluß (§. 443).

Der obenerwähnte Gesichtspunkt ist auch für Erbschaftsforderungen maßgebend. Der Erbschaftsbeklagte ist, so lange er nicht zur Restitution der Erbschaft verurtheilt ist, zur Geltendmachung dieser Forderungen ausschließlich legitimirt, ja bei Gefahr eines Verzuges sogar verpflichtet, da er vom Tage der zugestellten Erbschaftsklage für jedes Versehen haftet (§. 338). Doch wird er auch hier vorsichtig handeln, wenn er vom Erbschaftskläger die Vertretung fordert. Die Zahlung einer solchen Erbschaftsforderung kann jedoch, so lange die Erbschaft streitig ist, nur nach Maßgabe des §. 1425 b. G.=B. mit Sicherheit erfolgen (§. 1424).

Verbindlichkeiten, die der Erbschaftsbesitzer in Bezug auf Erbschaftssachen mit Dritten contrahirt hat, können gegen ihn selbst nach der dem Erbschaftskläger zugesprochenen Erbschaft so lange als sich ersterer in deren Besitz befindet, geltend gemacht werden (§§. 430, 440). Die auf Grund solcher Verbindlichkeiten redlicherweise erworbenen dinglichen Rechte bleiben selbst nach dem Uebergange des Erbschaftsbesitzes an den Erbschaftskläger aufrecht (§. 824 i. f.).

E. Verjährung der Erbschaftsklage. Die Erbschaftsklage ist, wie in der Regel jede andere, der Verjährung unterworfen, ihre Verjährungszeit ist aber nach Verschiedenheit des Berufungsgrundes eine verschiedene. Die Erbschaftsklage gegen einen testamentarischen oder einen Vertragserben[48]) verjährt nämlich in drei Jahren (§. 1487)[49]), und zwar

---

46) Schiestl Z. f. östr. Rchtsgl. 1846 II. S. 224 fg., Stubenrauch II. S. 824.

47) Arndts S. 236, 237.

48) „Erklärung des letzten Willens" im §. 1487 umfaßt auch den Erbvertrag, wie ja dieser auch im §. 1254 i. f. unter den Begriff einer „letzten Anordnung" subsumirt ist. Unger §. 26 Anm. 18 gegen Winiwarter u. Stubenrauch. Jud.=B. Nr. 29 (G.=Z. 1872 Nr. 74 [= Sammlung II. Nr. 1037]), wo auch die Schenkung auf den Todesfall als ein Fall der Erklärung des letzten Willens aufgefaßt und der Lauf der Verjährung vom Tage des Bekanntwerdens des Inhalts der letzten Willensordnung berechnet wird. — Kläger ist nicht nothwendig der Intestaterbe; man denke z. B. an den Fall, daß ein früheres und ein späteres Testament vorliegt, das letztere aber nichtig ist (§. 713).

49) Nicht hieher gehört jedoch der Fall,

von der Kundmachung des letzten Willens an gerechnet[50]); an sich ist allerdings mit diesem Tage wegen noch mangelnden Erbschaftsbesitzes auf Seiten des Gegners die Erbschaftsklage noch nicht begründet; allein die Testamentsumstoßungsklage ist bereits möglich, und mit der Verjährung der letzteren muß nothwendig auch die erstere erlöschen. Das gilt auch von der Verjährung der Erbschaftsklage des testamentarischen gegen den Vertragserben und umgekehrt. Es ist im Allgemeinen gleichgiltig, von welcher Art das Hinderniß der Giltigkeit des letzten Willens ist[51]); nur muß er doch ein solcher sein, die vorliegende Erklärung desselben darf nicht in einem bloßen Falsificat bestehen (vgl. Note 49). Die Verjährung wird unterbrochen durch die Anstellung der Klage, jedoch nur in Bezug auf Jenen, gegen den sie angestellt wurde; in Betreff der übrigen Erbsinteressenten läuft sie trotzdem fort.

Dagegen die Erbschaftsklage des testamentarischen oder Vertragserben gegen den Intestaterben verjährt in der gewöhnlichen Zeit von 30 oder 40 Jahren (§§. 1478, 1485), und zwar gerechnet vom Tage der Einantwortung[52]), da der Gegner erst von da an den Erbschaftsbesitz erlangt, die präjudicielle Erbschaftsklage aber vor der Einantwortung keiner Verjährung unterliegt.[53])

Der Anfangspunkt des Verjährungslaufes bleibt auch dann unverändert, wenn die Erbschaft durch Erbschaftskauf oder sonstige Veräußerung an einen Dritten übergeht (§. 1493).

---

wenn ein Testament als unterschoben angefochten wird; hier liegt ein letzter Wille gar nicht vor, §. 1487 aber setzt einen wirklichen, nur wegen Abgangs der Förmlichkeiten ungiltigen letzten Willen voraus: Entsch. G.-Z. 1868 Nr. 86 [= Sammlung VI. Nr. 3124], Jud.-B. Nr. 67 (G.-Z. 1872 Nr. 84 [= Manz'sche Sammlung I. S. 68 fg.]). Auch nach Unger §. 22 Anm. 5, 6 ist ein äußerlich fehlerfreies und hinsichtlich seiner Echtheit unbestrittenes Testament vorauszusetzen; im Gegenfalle ist der darin zum Erben Ernannte anzuweisen, selbst als Kläger aufzutreten (Pat. v. 9. Aug. 1854 §. 126) und die Giltigkeit des Testamentes zu erweisen, widrigens es bei der Verlassenschaftsabhandlung nicht berücksichtigt wird (Pat. §. 125). In diesem Falle liegt also die Nothwendigkeit gar nicht vor, das Testament im Klagwege anzufechten. Ist aber das Testament echt und äußerlich fehlerlos, dann verjährt die Nullitätsquerel, mag dasselbe aus was immer für einem Grunde ungiltig sein. Sie braucht aber nicht angestellt zu werden, wenn der in dem nichtigen Testament Eingesetzte die Erbschaft nicht angetreten hat, oder wenn er selbst zum Erbrechtskläger bestimmt wurde, oder wenn das Testament erst nach beendeter Verlaßabhandlung aufgefunden wird.

50) Nach Unger §. 22 und Anm. 6 von der Zeit an, da sich der Testamentserbe erbserklärt hat (arg. Pat. cit. §. 125].

51) A. M. Winiwarter V. S. 230 fg., Ellinger ad §. 1487; vgl. aber dagegen Unger II. S. 147.

52) Entsch. Jud.-B. Nr. 28 (G.-Z. 1872 Nr. 74 [= Sammlung II. Nr. 565]) rechnet vom Tage des Erbanfalls, das röm. R. von dem Tage, an welchem der Gegner den Besitz der Erbschaftssachen erlangte (Arndts S. 233, 234).

53) Bekanntlich unterliegen Präjudicialklagen regelmäßig keiner Verjährung. Vgl. oben Ausf. I. §. 152 S. 440 f.

Register.

Die größeren Ziffern bezeichnen die Paragraphen des Werkes, die kleineren im Sachregister die Noten und die correspondirenden Stellen im Text von Grundriß und bezw. Ausführungen, im Quellenregister nur die Noten. Wo ausnahmsweise eine Seitenzahl gemeint ist, ist dies speciell gesagt und dann auch mit I oder II der Band genannt. — Band I umfaßt die §§. 1—191, II die §§. 192—537.

Sachregister.

Quellenregister.

Kundmachungs-Patent zum a. b. G.-B. v. 1. Juni 1811.

Kundmachungs-Patent zum a. b. G.-B. v. 29. Nov. 1852 für Ungarn.

Kundmachungs-Patent zum a. b. G.-B. v. 29. Mai 1853 für Siebenbürgen.

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch von 1811.

Josephinisches Gesetzbuch vom 1. November 1786 (J. G. S. Nr. 591).

Westgalizisches Gesetzbuch vom 13. Februar 1797 (J. G. S. Nr. 337.)

Allgemeine (Jos.) Gerichts-Ordnung vom 1. Mai 1781 (J. G. S. Nr. 13).

Patent über das Verfahren außer Streitsachen vom 9. August 1854
(Nr. 208 R. G. B.).

Landtafelpatent v. 22. April 1794 für Böhmen und Mähren (J. G. S. Nr. 171).

Instruction zu vorstehendem Patent (J. G. S. ebda.)

Prov.-Grundbuchs-Ordn. für Ungarn und Nebenländer vom 15. December 1855 (R. G. B. Nr. 222).

Allgemeines Grundbuchsgesetz vom 25. Juli 1871 (R. G. B. Nr. 95).

Notariats-Ordnung von 1850.

Notariats-Ordnung vom 21. Mai 1855 (R. G. B. Nr. 94).

Notariats-Ordnung vom 25. Juli 1871 (R. G. B. Nr. 75).

Allgemeines Handelsgesetzbuch und Einführungsgesetz vom 17. December 1862 (R. G. B. 1863 Nr. 1).

Wechsel-Ordnung vom 1. October 1763. (Cod. Austr. VI. S. 452 fg.)

Zoll- und Staatsmonopols-Ordnung vom 11. Juli 1835.

Strafproceß-Ordnung vom 29. Juli 1853 (R. G. B. Nr. 151).

Strafproceß-Ordnung vom 23. Mai 1873 (R. G. B. Nr. 119).

Forstgesetz vom 3. December 1852 (R. G. B. Nr. 250).

Feldschutzgesetz (Verordnung der Ministerien des Innern und der Justiz vom 30. Jänner 1860 (R. G. B. Nr. 28).

Reichswasserrechtsgesetz (Gesetz vom 30. Mai 1868 R. G. B. Nr. 93).

Böhmisches Landeswasserrechtsgesetz vom 28. August 1870 (L. G. B. Nr. 71).

Berggesetz vom 23. Mai 1854 (R. G. B. Nr. 146).

Vollzugsvorschrift zum Berggesetz.

Verböcz Decretum Tripartitum (1514).

Jura munic. univ. Saxonum Transsilv. (1583) = Der sächs. Nation in Siebenbürgen Statuta oder Eigen-Landrecht. (Uebersetzung von 1721).

Einzelne österreichische Rechtssatzungen in chronologischer Ordnung.

*) Das Patent gehört dem Jahre 1791 an; die irrige Bezeichnung 1792 findet sich aber schon in der J. G. S. und zwar dreimal auf S. 79.

Gaii inst. comm. quatuor:

Pauli Sent. Rec:

Justiniani **institutiones:**

Digesta.

Codex Justinianus.

Novellae.

Decretum Gratiani.

Decretales Greg. IX.

Liber Sextus Decretalium.

Libri feudorum.

Sachsenspiegel.

Schwabenspiegel.

Const. Crim. Carol. von 1532.

Kammergerichtsordnung von 1555.

Reichs-Pol.-Ordn. von 1577.

Speyerscher R.-Dep.-Absch. v. 1600.

Code civil von 1804.

Entwurf eines italienischen Civ.-G.-B.

Civilgesetzbuch des Königreichs Italien von 1865.

Sächsisches Crim.-G.-B. von 1838.

Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen.

Revidirter Entwurf desselben.

Bürgerl. Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863.

Corrigenda.

In Band I.

S. 17 Note 1 l. Pat. v. 4. März, statt: Pat. v. März.

S. 30 Z. 20 v. u. l. 31. März, statt: 3. März.

S. 50 in Z. 7 des §. 66 l. 19. August, statt: 25. August.

S. 61 Note 4 a l. 16. Febr., statt: 26. Febr.

S. 67 in der §.-Ueberschrift l. §. 83, statt: §. 65.

S. 106 Z. 5 v. u. l. ohne, statt: ohre.

S. 108 Z. 10 l. 778, statt: 788.

S. 131 Note 6 l. 896, statt: 886.

S. 135 Z. 5 l. 151, statt: 150.

S. 135 Z. 23 l. 1364, statt: 469.

S. 137 Z. 12, 13 v. u. l. 27. April ... §. 13, statt: 29. April ... §. 63.

S. 138 Z. 16 l. 1819, statt: 1815.

S. 151 Note 4 geg. E. l. 31. März 1855, statt: 31. März 1856.
S. 153 Z. 8 v. u. l. Pat., statt: kais. V.
S. 178 Z. 13 l. 19. Jänner, statt: 13. Jänner.
S. 209 in der Ueberschrift der Seite l. 30, statt: 33.
S. 233 Z. 20 l. §. 51, statt: §. 21.
S. 263 Textzeile 3 v. u. l. 5 Jahre, statt: 15 Jahre.
S. 268 Note 12 Z. 3 l. Nr. 154, statt: Nr. 155.
S. 298 Z. 2 der Note 8 l. 7. Juni, statt: 7. Sept.
S. 402 Note 28 letzte Z. l. Str. G. B., statt: R. G. B.
S. 406 Note 44 Z. 2 l. 17. März 1849, statt: 17. März 1848.
S. 411 Z. 14 l. 12. März, statt: 5. März.
S. 414 Note 28 Z. 2 l. Nr. 2675, statt: 2775.
S. 416 Note 13 Z. 5 l. L. 2 C., statt: L. 2 L.
S. 459 Textzeile 7 v. u. l. Einreihung, statt: Einreichung.
S. 463 Note 21 Z. 3 l. Bezirksämter, statt: Kreisbehörden.
S. 479 Note 5 Z. 8 der Sp. 2 l. 27. Oct., statt: 17. Oct.
S. 481 Note 3 Z. 5 l. 1. Juli, statt: 1. Juni.

In Band II. Erste Hälfte.

S. 20 Note 4 l. §. 644, statt: §. 604.
S. 24 Note 10 l. Nr. 154, statt: Nr. 150.
S. 25 Note 25 l. 4. Febr. 1814, statt: 4. Febr. 1819.
S. 25 Z. 16 des §. 204 l. 15. Juni, statt: 19. Juni.
S. 43 Z. 20 l. 1838, statt: 1842.
S. 43 Z. 22 l. 1874, statt: 1873.
S. 47 Note 5 l. Sachsensp. II. Art..., statt: Sachsensp. Art.
S. 88 Note 10 a. E. l. Nr. 951, statt: Nr. 957.
S. 93 Note 8 l. 1832, statt: 1852.
S. 114 Z. 3 v. u. l. 11. Juli, statt: 7. Nov.
S. 115 Z. 17 l. Nr. 2675, statt: Nr. 2775.
S. 131 Note 15 l. 21. Oct. 1855, statt: 21. Oct. 1856.
S. 158 Note 22 l. 1753, statt: 1853.
S. 160 Textzeile 4 v. u. (des §. 317) l. 13. Juni, statt: 13. Juli.
S. 175 Z. 12 l. §. 1308, statt: §. 1318.
S. 175 Note 5 l. 17. März 1849, statt: 17. März.
S. 220 Z. 1 v. u. l. §. 1276, statt: §. 1076.
S. 255 Z. 5 v. u. l. Nr. 253, statt: Nr. 263.
S. 277 Note 5 l. 16. Sept., statt: 18. Sept.
S. 304 Note 4 l. 1819 Nr. 1595 u. Hofd. v. 24. Dec. 1819 Nr., statt: 1819 Nr. 1639.
S. 309 Note 2 l. 1854, statt: 1859.
S. 310 Note 16 l. 1789, statt: 1989.
S. 388 Note 9 l. 6. Febr., statt: 6. Jänner.
S. 390 Z. 16 l. 15. Nov., statt: 5. Nov.

In Band II. Zweite Hälfte.

S. 23 Note 1 Sp. 2 Z. 7 l. §. 870 fg., statt: §. 970 fg.
S. 38 Note 11 l. Sachsensp. II. 42 §, 2. II...., statt: Sachsensp. I. 42 §. 2, I.
S. 50 Note 60 l. 1798, statt: 1789.
S. 59 Z. 12 l. §. 4, statt: Nr. 4.
S. 72 Sp. 2 Note 5 Z. 2 l. Nr. 65, statt: Nr. 95.
S. 73 Sp. 1 Note 7 Z. 10 l. Nr. 65, statt: Nr. 95.
S. 83 Sp. 1 Note 23 Z. 6 v. u. l. Nr. 20 statt: Nr. 29.
S. 97 Z. 15 l. kais. Vdg., statt: M. Vdg.
S. 117 Sp. 1 Note 46 letzte Z. l. 27. März, statt: 28. März.
S. 122 Sp. 1 Note 2 Z. 3 l. 25. Oct., statt: 15. Oct.
S. 127 vorletzte Textzeile l. Nr. 388, statt: Nr. 338.
S. 133 Sp. 2 Note 5 Z. 7 l. 27. Dec., statt: 24. Dec.
S. 150 Note 25 Z. 4 l. §. 49, statt: §. 39.
S. 249 Z. 18 l. 25. Aug., statt: 15. Aug.
S. 277 Sp. 1 Note 17 Z. 15 v. u. l. Nr. 65, statt: Nr. 95.
S. 300 Note 12 l. Führung, statt: Eröffnung.
S. 307 Note 17 l. Nr. 469, statt: Z. 32041.
S. 307 Sp. 2 Z. 11 v. u. l. (Note) 23, statt: 24.
S. 308 Note 31 l. 1481, statt: 1841.
S. 312 Note 21 Z. 4 v. u. l. §. 19, statt: Nr. 19.
S. 352 Note 2 a. E. l. Nr. 1858, statt: Nr. 158.
S. 359 Z. 17 l. 1866, statt: 1865.
S. 409 letzte Textzeile l. §. 794, statt: §. 974.
S. 426, 427 in der Seitenüberschrift l. §. 533, statt: 535.

Buchdruckerei Julius Klinkhardt.